مَبْدَأُ الرِّضَا فِي العُقُودِ

دراسة مُقَارنة في الفِقهِ الإسلاميّ

والقانون المدني: (الرّوماني والفرنسيّ والإنجليزيّ والمصريّ والعراقي)

تأليف

الدكتور علي محيي الدّين علي القره داغي

الجُزْءُ الأَوَّلُ

مبدأ الرضا في العقود

هذا الكتاب نال به المؤلف درجة الدكتوراه في الفقه المقارن مع مرتبة الشرف الأولى والتوصية بالطبع وتبادلها بين الجامعات من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف.

وكان أعضاء لجنة الحكم والمناقشة:

أ. د. علي أحمد مرعي أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، المشرف على الجانب الشرعي.

وأ. د. محمد علي عمران أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بحقوق عين الشمس، المشرف على الجانب القانوني.

وأ. د. عبد الرازق حسن فرج أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون.

وأ. د. عبد المجيد مطلوب أستاذ ورئيس قسم الشريعة بحقوق عين الشمس.

الطبعة الأولى
١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م

قامت بطباعته وإخراجه دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: ٥٩٥٥ - ١٤ ويطلب منها

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم
بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن
تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ
بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ .

سورة النساء: الآية ٢٩ .

المقـدّمـة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك اللهمَّ يا من هديتنا لدين ينبض بالحياة ولا ينضب، ويتدفق بالخير والعطاء ولا يتعطَّل، ويتفتق بالإصلاح والفلاح ولا يذبل، وأثني عليك الخير كله ثناء يليق بجلال وجهك، وعظيم آلائك، فسبحانك لا علم لنا إلاَّ ما علَّمتنا إنَّك أنَّت العليم الحكيم.

وأصلي وأسلم على عبدك ورسولك المجتبى، هادي البشرية ومعلِّم الإنسانية محمَّد المصطفى، وعلى آله وأصحابه الذين تعاقدوا معك على أشرف وأزكى صفقة تجارية كانت أرواحهم ثمنها ابتغاء مرضاتك، فرضيت عنهم فرضوا وحازوا الفوز العظيم والنصر الكريم، ومن تبع هداك وتفقَّه في دينك ودافع عنه إلى يوم الدين.

أمَّا بعد. . .

فإنَّ حضارات الأمم ورقيَّها تقاس درجتها بتقدم قوانينها وأنظمتها التي تعتبر بحق شريان الحياة، وقوام البنيان، وإن من ألصقها بالحياة الاجتماعية والاقتصادية العقودَ التي هي وسيلة التبادل والانتفاع بين بني البشر، ولذلك تأثرت كيفية تحقيقها بما حولها من عادات وتقاليد، وما لابسها من تفكير يختلف تقدماً أو تأخراً، تطوراً، أو تقلصاً حسب طبيعة الأمم والشعوب، فنتج عن ذلك اختلاف بَيِّنٌ بَيْنها في العلاج والحل والتنظيم، فنرى شكلية بحته تسود نظام بعضهم في حين يسود الأخر نظام التبادل العيني، أو غير ذلك.

وقد أثَّرت التطورات الاقتصادية، والتجارية عبر الحُقُبِ الماضية إلى عصرنا الحاضر في عملية التعاقد نتيجة للتغيرات السياسية والاقتصادية والخلقية التي أحاطت بها، والـضرورات الاجتماعية الملحَّة التي لابستها، ومع ذلك واكبت كلَّ مرحلة منها

مشاكلُ معقدةٌ سواء كانت في الشكلية التي تعوق سير التجارة، وتحول بينها وبين السرعة التي يتطلبها العصر، أو في ظل الرضائية المطلقة التي ارتكب باسمها وباسم الحرية الفردية أبشع مظاهر الجشع والظلم والاحتكار والاستغلال، فلا غرو في ذلك فالعقود مما لا يستغني عنها أحد، فهي العمود الفقري لحركة الحياة الاجتماعية، فبها يتم التبادل، والانتفاع، وبها تدفع الضروريات والحاجيات، فإذا كانت هذه هي خطورتها، وتلك هي قيمتها وأهميتها فإنَّ النظام الذي ينظمها يكتسب أهمية قصوى في حياة الأمة، إذ تؤثر كيفيته سلباً وإيجاباً في الإرادة التي تعتبر أعز ما منحه الله تعالى للإنسان، ولذلك لا نجد شيئاً أثير حوله الجدل والنقاش بقدر ما أثير حول الرضا والإرادة سواء على صعيد الفلسفة والأخلاق، أو على صعيد غيرها من الأنظمة الاجتماعية والقانونية.

ومن هنا فالبحث عن هذا المبدأ الذي يسود العقد والتعمق في جذوره مع التحليل والمقارنة لا ينكر أهميته، ولا تخفى خطورته، وهذا ما دفعني لاختيار «مبدأ الرضا في العقود» الذي ظَلَّ ظِلَّ العقود وظَليلها طوال كل المراحل التي مرَّت بالعقود سلباً أو إيجاباً، إعداماً أو ازدهاراً، تقييداً أو طغياناً، بل قد أحدث وجوده، أو عدمه تبايناً تشريعياً عبر القرون، وأُسنِدَ إليه من المزايا الكثيرُ حتى أُرجع إليه الفضلُ في تقدم أوروبا وازدهارها حينما احتضنته وقدَّسته، كما أُعيد تأخرها وظلامها إلى اضطهاد الرضا وإذلال الإرادة، وكبْتِ الحرية وتكبيلها.

ومن هذا المنطلق شعرت بضرورة دراسة هذا المبدأ في الفقه الإسلامي دراسة مستفيضة متأنية من خلال مذاهبه المتشعبة ومدارسه، كالحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والظاهرية والإمامية والأباضية، بالإضافة إلى آراء الصحابة والتابعين ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

ثمَّ إنَّ الدراسة العلمية لا تكتمل، ولا تبرز مزاياها إلَّا من خلال المقارنة العلمية بين عدة أنظمة مختلفة من حيث الأسس والمصادر، حيث لا تظهر خصائص نظام ومزاياه، أو عيوبه ومثالبه إلَّا من خلال المقارنة والموازنة ولقد اخترت لإجراء هذه المقارنة الفقهَ الإسلاميَّ الذي أقر مبدأ الرضائية في صدر تشريعه، والقانونَ الروماني الذي لم يعترف به، والقانونَ الفرنسي الذي قدَّسه، والقانونَ الإنجليزي الذي يعترف بآثاره دون أن يضع فيه نظرية عامة، بالإضافة إلى القانونين: المصري والعراقي، فهذه المجموعة من القوانين مختلفة في اتجاهاتها ونزعاتها ونشأتها وتطورها، فالقانون الروماني يمثل الفكر القانوني القديم الذي تتجسد فيه النزعة الذاتية البحتة وله أسلوبه الخاص في

المعالجة وتسوده الشكلية البحتة، والقانون الفرنسي وإن كان ينتمي إلى فصيلة القوانين ذات النزعات الذاتية لكن التطورات الحديثة قد أثّرت فيه، كما أنه يمثل القوانين اللاتينية التي قدست الإرادة ومنحتها سلطاناً واسعاً، وآثرت مبدأ الرضا الباطن على التعبير (الرضا الظاهر)، والقانون الإنجليزي ينتمي إلى فصيلة أخرى تختلف عن القانون الفرنسي من حيث الأساس والعلاج، فمصادره الأساسية هي السوابق القضائية وأسلوبه في العلاج قائم على الحلول الفردية دون الخوض في النظريات العامة، وأمَّا القانونان ـ المصري والعراقي ـ فهما ممزوجان من أحكام الفقه الإسلامي والنظريات الحديثة، فيظهر من خلال دراستهما ما أخذاه عن الفقه الإسلامي، وما خرجا عليه.

ولا شك أنَّ ثمار المقارنة بين هذه النظم والفقه الإسلامي إنَّما تكون يانعة إذا استطاع البحث أن يحافظ على أسلوب كل فقه، ومنهجه في العلاج والحلول، ومن هذا المنطلق لم أحاول التقريب في الحلول على أساس التضحية بمبدأ قانوني يسود تشريعاً دون آخر، وإنَّما أعرضُ كل مسألة على ضوء قواعده، ومبادئه التي تسوده، ولقد لاقيت جراء هذا الالتزام صعوبات بالغة من عدَّة نواحي سواء كانت من حيث المصادر والمراجع المختلفة، أو من حيث طبيعةُ كل تشريع، والتعايشُ معه لفهم مبادئه ومقاصده معايشة كاملة، إذ بدون هذا التعايش يكون البحث سطحياً لا يصل إلى أعماقه، وهذا ما تطلب مني البقاء في هذه الرسالة عدَّة سنوات، شأني في ذلك شأن أيِّ طالب للعلم يرى التحلي بالصبر والأناة من أولى سلم الوصول.

ولقد استهدف البحث عن هذا الموضوع وبهذا الشكل تحقيقَ عدَّة أمور من أهمها:

١ ـ تأصيل هذا المبدأ في الفقه الإسلامي من خلال بيان حقيقة الرضا وأركانه وشروطه، ودليله، وأثره في الإنشاء والترتيب، والتوازن بين الرضا الحقيقي والتعبير من خلال ما ورد فيه من آيات وأحاديث، وما يدور حوله من آراء فقهية.

٢ ـ الوصول من خلال المقارنة بين النظم القانونية السابقة إلى ما هو الأصلح والأجدى، ومدى التوافق والافتراق بين الفقه الإسلامي وهذه التشريعات.

هذان هما الهدفان المباشران لدراسة هذا الموضوع غير أنَّ وراءهما ثلاثة أهداف غير مباشرة، ولكنها لا تقل عنهما أهمية وهي:

١ ـ إثبات عدم تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني من خلال عدم التشابه في الأسلوب، والمنهج والحلول، فإذا ما أثبت البحث أنَّ مبدأ الرضا لم يكن موجوداً في

القانون الروماني، وأنه كان مقرراً في الفقه الإسلامي، وأنَّ الحلول في جميع جزئيات هذا المبدأ تختلف في الفقه الإسلامي عمَّا عليه القانون الروماني يكون ذلك دليلاً عملياً، وبرهاناً قطعياً على عدم التأثر، ولا سيما أنَّه قد ثبت من الناحية النظرية عدم وجود لقاء بينهما(١).

٢ ـ مدى التأثر الممكن من جانب التشريعات الحديثة بالفقه الإسلامي، وذلك من خلال أنَّ هذا المبدأ لم يكن موجوداً في التشريعات القديمة، ثمَّ ظهر منذ القرن الخامس عشر الميلادي ولم يقرر تماماً إلَّا في القرن السابع عشر، فإذا أثبت البحث عدم وجود هذا المبدأ في القانون الروماني، وعدم وجود حماية قانونية له في القانون الكنسي فإنَّه يكون من الضروري البحث عن جذور تاريخية له فلا يكون من البعيد القول بأنَّ الفقه الإسلامي يكوِّنُ أَحَدَ جذوره، ولا سيما أنَّ القارة الأوروبية كانت تعيش في العصور الوسطى في حالة متأخرة من الحضارة وأنَّ العالم الإسلامي كان في أزهى عصوره العلمية والثقافية والفكرية، وأنَّ الفكر الإسلامي قد دخل أوروبا عبر الأندلس، بالإضافة إلى الصلات التجارية عبر البحر المتوسط الذي كان بحيرة إسلامية.

٣ ـ عظمة الفقه الإسلامي وشموليته، وعمقه في الأسلوب ودقَّته في الحلول والمعالجة، حيث نرى من خلال هذه المقارنة الآراء الفقهية الكثيرة، وأنَّه لا توجد مسألة إلَّا وقد تناولها الفقهاء المسلمون بآرائهم بل يكاد الباحث يجد أمام كل رأي فقهي وضعي حديث رأياً في ثنايا الفقه الإسلامي تصريحاً أو تلميحاً، فما عليه إلَّا عملية الانتقاء والترجيح فالفقه الإسلامي يحتوي من الثروة الفكرية، والحلول والتطبيقات، وعصارة العبقريات الفذَّة والإنتاج الذهني ما يجعلنا نعتز به ونفخر به(٢).

---

(١) لقد ذكر الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب في كتابه تطبيق الشريعة الإسلامية، ط. دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ ص (٨٧ ـ ١٨٢) ما يتعلق بهذا الموضوع ووصل من خلال ما عرضه إلى عدم حدوث أي لقاء بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني، وقد استشهد لإثبات ذلك بالوثائق التاريخية، وآراء الفقهاء من غير المسلمين في دحض حجج ثلة من المستشرقين ـ وليسوا قانونيين ـ الذين ذهبوا إلى التأثر نتيجة جهلهم بالفقه الإسلامي، بل بالفقه القانوني وأصول التأثر والتأثير.

بل إنَّ المؤتمر الدولي للحقوقيين المنعقد في لاهاي سنة ١٩٣٨ م قد قرر بأنَّ الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها غير مأخوذة عن غيرها يراجع: د. مصطفى الزرقاء، المدخل ص (٣)، وأما بحثي فهو يمثل الناحية العملية التي تثبت عدم التأثر، والوجه المكمل للجانب النظري، والله الموفق.

(٢) وقد شهدت المؤتمرات الدولية بعظمة هذا الفقه وأصالته واستقلاله فقد قرر المؤتمر المنعقد في لاهاي سنة ١٩٣٨ أن الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطوير، وقرر المؤتمر المنعقد في سنة =

فضلاً عن أنَّ مبادءه الأساسية، ومصادره الأصلية من عند الله تعالى، ومن هنا يكون تطبيقه واجباً يفرضه الانتماء إلى هذا التراث، بالإضافة إلى أنَّ تطبيقه واجب ديني لا يجوز التخلي عنه. فلا غرو في ذلك فمصدره الأساسي وحي الله تعالى: ﴿أَلَا يعلمُ مَنْ خَلَقَ وهو اللَّطِيْفُ الخَبير﴾[1] وأنه قد طبق عملياً على العالم الإسلامي أكثر من ثلاثة عشر قرناً لم يحتج أحد إلى نظام آخر على الرغم من أنَّه قد مرَّ بعصور زاهية في التجارة ورقي في الحضارة إلى أنَّ جاء الاحتلال الأجنبي - من فرنسي أو إنجليزي أو إيطالي أو غيرهم - على البلاد الإسلامية، فاهتبل فرصة ضعف الشعوب الإسلامية المغلوبة على أمرها ليعزز موقفه من خلال فرض قوانينه الوضعية عليهم، فطبق القانون الفرنسي في مصر وسوريا، والإنجليزي في السودان والعراق، والإيطالي في ليبيا، وهكذا، غير أنَّ الشعوب الإسلامية حينما استيقظت من سباتها وقامت من رقدتها شعرت بالظلم الذي لحقها في أرضها، والحيف الذي مسَّها في كيانها، وأدركت خطورة الاستعمار السياسي والفكري فحينئذٍ قررت العودة إلى الشريعة الإسلامية الغراء لكنها بعد تجارب مريرة خاضتها، وبذلت في سبيلها الكثير من الجهد والمال، فمثلاً حينما أُوقف العمل بالشريعة الغراء في مصر في نطاق المعاملات المدنية - وكذلك الجنائية - بصدور القانون المدني المختلط عام (١٨٧٥ م) والقانون الأهلي القديم عام (١٨٨٣م) - وكان هذا القانون ترجمة حرفية للقانون الفرنسي القديم لكن مع اختصار مخل في كثير من المواطن وبعض إضافات طفيفة، قام بوضعه محام فرنسي باللغة الفرنسية[2] لدولة عربية مسلمة - عانى القضاء المصري - ومن خلفه الشعب المصري - الكثير من المشاكل جراء وضع هذين القانونين لخلوهما عن النصوص التي تعالج مشاكل الجماهير العريضة الكادحة، فلم يكن فيهما إقرار لمبدأ التعسف في استعمال الحقوق، ونظرية الغبن والاستغلال، وتنظيم ملكية الشيوع، وحوالة الدين، والإعسار المدني والإرادة المنفردة، وعقود الإذعان، والدفع بعدم تنفيذ العقد وغير

= ١٩٥١ بجامعة باريس أنَّ مبادىء الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها وأن اختلاف المذاهب الفقهية ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات وفي الأصول الحقوقية هي مناط الإعجاب وبها يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها.

يراجع: د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط. دمشق سنة ١٩٦٧ ص (٣ - ٦).

(١) سورة الملك: الآية ١٤.

(٢) الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، ط. ١٩٨١ ص (١/١٥).

ذلك بل يقول الأستاذ الكبير السنهوري: «بل نحن لا نجد في مسألة من أدق مسائل العقد، ـ وهي مسألة تكوينه ـ إلاَّ صمتاً محيراً، فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب، ومتى يكون ملزماً، وإلى أي وقت، وكيف يقترن به قبول، ومتى وأين التعاقد بين الغائبين. . . وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم. . .»[1]. وهكذا فرضوا علينا قانوناً مبتوراً غير صالح، ومع ذلك ظلَّ مطبقاً قرابة سبعين عاماً ارتكب في ظلِّه كثير من المظالم وهضم للحقوق نتيجة عدم وجود النصوص فتعالت صيحات المصلحين من القضاة وأساتذة الفقه والقانون بعدم صلاحية هذا القانون التي تمخضت في إصدار القانون الحالي في سنة ١٩٤٨ م حيث أجري فيه تعديلات جذرية كان للفقه الإسلامي منها نصيبُ الأسد حيث أُقرت فيه كثير من النظريات الإسلامية كنظرية التعسف في استعمال الحق، وحوالة الدين، بل اختار النزعة التي تبناها الكثير من الفقهاء المسلمين وهي النزعة الموضوعية[2] ومع أنَّ هذه التعديلات التي أخذت من الفقه الإسلامي كانت جوهرية لكنها لم تكن جذرية ولذلك لم تُرضِ الجماهيرَ العريضةَ من جميع فئات الشعب المصري من العمال والفلاحين إلى المثقفين، فنادت بتطبيق الشريعة تطبيقاً كاملاً، ولقد جُنيتْ إحدى ثمار هذه الصحوة والوعي من خلال تعديل الدستور عام ١٩٧٩ وجعله ينص صراحة على أنَّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع.

فهذه التجارب العملية، والمعاناة الشديدة، وشكوى القضاء المصري من القانون الوضعي سواء كان في نطاق القانون المدني، أو من خلال القانون الجنائي إن دلَّت على شيء فإنَّما تدل على أنَّ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، بل نزلت لتكون رحمة للعالمين، وعلى أنَّ العقل البشري المستنير قد يصل إلى بعض أحكامها لكنه بعد جهد وعناء شديدين، فمثلا فالمبادئ الإسلامية التي أدخلت في القانون المصري الحالي لم تجد مكانها فيه بمحض كونها من الشريعة الغراء وإلاَّ كان من المفروض أن يصاغ كله منها، بل فرضتها الحاجة الملحة والمصلحة التي أقرها القضاء المصري، بل وطبَّقها في بعض الأحيان وهكذا بقية الأحكام الإسلامية، فلو طبقنا الشريعة الغراء بدل القانون المصري القديم ـ أي منذ ١٨٧٥ م ـ لكان تطبيقها قد أغنانا عن كل هذه الجهود، فما تعب في سبيله القضاء المصري والمشرعون طوال كل هذه السنين، ولا يختلف الأمر في القانون العراقي، والسوداني، والليبي، والسوري وغيرها

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١٦/١ ـ ١٨).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٦٧/١).

من القوانين التي ترجمت، أو اقتبست من القوانين الوضعية ﴿سنُريهم آياتِنا في الآفاقِ وفي أنفُسِهم حتى يتَبيَّنَ لهم أنَّه الحق أو لم يكفِ بربِّكَ أنَّه على كُل شيءٍ شَهيد﴾[١].

هذا وتتكوَّن خطتي في هذا الموضوع من باب تمهيدي وبابين وخاتمة، قسّمت الباب التمهيدي إلى جذرين خصصت الجذر الأول لدراسة مراحل الرضائية عبر تاريخها الطويل وفي النظم القديمة المختلفة.

وأمَّا الجذر الثاني فقد ذكرت فيه تعاريف العقد، ومناقشتها ثمَّ الوصول إلى التعريف المختار، وبيان نطاقه، وبعض تقسيماته، ثمَّ المقارنة من حيث النزعة والتكييف.

وأمَّا الباب الأول فقد خصصته لتحقق الرضا، وتفرع منه ثلاثة فصول، جعلت الفصل الأول لبيان حقيقة الرضا في اللغة والفقه الإسلامي والقانون وما أثير حولها من خلاف وعلاقة الرضا بالكيفيات الأخرى ولاسيما الاختيار، والتطبيقات العملية، والآثار المترتبة على ما فيها من خلاف، وخصصت الفصل الثاني منه لبيان أركان الرضا في الفقه الإسلامي والقانون، كما خصصت الفصل الثالث لشروط الرضا في الفقه الإسلامي والقانون.

وأمَّا الباب الثاني فقد جعلته لدراسة دليل الرضا، وأثره والتوازن بين الرضا، والدليل، وقد انبثق منه ثلاثة فصول، خصصت الفصل الأول لدليل الرضا في الفقه الإسلامي والقانون، وذكرت في الفصل الثاني أثر الرضا في الإنشاء والترتيب في الفقه الإسلامي والقانون، وبقي الفصل الثالث لبيان التوازن بين الرضا والدليل في الفقه الإسلامي والقانون.

وأما الخاتمة فقد جعلتها ذات شقين خصصت الشق الأول لخلاصة البحث ونتائجه التي تمخض عنها، وتكلمت في الشق الثاني منها عن نقد الدراسة التقليدية للرضا وعيوبه، وبالتالي وضع بديل عنها.

وأرجو أن أكون ـ بفضل الله تعالى وحده ـ قد وفقت فيما أصبو إليه، وحققت ما رمته من غاية، ووصلت إلى ما استهدفت إليه من هدف، إذ أنني لم آل جهداً دراسة وبحثاً في كتب المذاهب الفقهية المختلفة المطبوعة منها والمخطوطة، وكذلك الأمر في الجانب القانوني فلقد استقيت معلوماتي عن مصادرها الأصلية وعضدتها بكثير من

(١) سورة فصلت: الآية ٥٣.

المصادر والمراجع بعد أن فهمت المسألة وحللتها، ثمَّ ذكرت الآراء الفقهية حولها، ثمَّ أدلتهم، ثمَّ المناقشة والترجيح، فلم أجد في نفسي ـ بفضل الله ـ تعصباً إلَّا للحق ولم أقم بترجيح رأي على آخر مهما كان صاحبه إلَّا بما يعضده الدليل حسب نظري القاصر، فلا أدَّعي الإصابة في كل ما رجَّحته، إذ الكمال لله تعالى والعصمة لرسوله، فإنَّ كنتُ قد بلغت ما اتجهت إليه ووصلت إلى ما ابتغيت فذلك فضل الله تعالى وإلَّا فعذري أنني بذلت كل ما في وسعي وطاقتي، وأخلصت في عملي، وأنَّ الإنسان لا يخلو من الزلل والخطأ، وأسأل الله تعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم ويتقبله مني بقبول حسن.

وأسجل شكري وثنائي لشيوخي وأساتذتي الأجلاء، ولكل الأساتذة والباحثين الذين أسهموا في مسائل هذا الموضوع، وخدموا الفقه الإسلامي، فوطدوا لنا الطريق فجزاهم الله عنَّا خير الجزاء، كما أتضرع إلى الله تعالى أن يرحم فقهاءنا العظام الذين استنبطوا هذا الفقه العظيم من مصادره الأصلية فوقفوا سداً ضدَّ الغزو الفكري، وتركوا لنا هذه الثروة الضخمة التي مكَّنتنا من استكمال بحثنا فجزاهم الله عن الإسلام خيراً.

والله نسأل أن يوفقنا لخدمة الإسلام، ويستعملنا في رضاه إنَّه على ما شاء قدير، وهو حسبنا فنعم المولى ونعم النصير.

القاهرة ٢٧ رجب ١٤٠٥هـ

علي محيي الدين علي القره داغي

ملحوظة:

لقد استعملت بعض الرموز فأحب أن أعلن المراد عنها، وهي أنَّ «المجلة» تعني مجلة الأحكام العدلية التي كانت مطبقة في أواخر العهد العثماني، وأن (م. م) تعني القانون المدني المصري، و(م. ع) القانون المدني العراقي، وأن (م. ف) القانون المدني الفرنسي.

الباب التمهيدي

في التعريف بالجانب التاريخي للرضائية وبالعقود

يجدر بنا قبل الخوض في تفاصيل: «مبدأ الرضا في العقود» أن نلقي بصيصاً من الضوء على المراحل التأريخية التي مرَّت بها الرضائية، وعلى مفهوم «العقد» في اللغة، والشريعة الإسلامية، والقانون وتحديد نطاقه، وموضوعه، حتى يكون بحثنا عن: «الرضا في العقود» واضح المراد، بيّن المقصود، لا يحوم حوله غموض، ولا يكتنفه لبس أو خفاء.

ولذلك سيقوم هذا الباب على جذرين أساسيين:

الجذر الأول : المراحل التأريخية للرضائية.

الجذر الثاني: العقد في اللغة والشريعة والقانون.

الجذر الأول
المراحل التأريخية للرضائية

يحدِّثنا القرآن الكريم عن أوَّل التزام حدث في تاريخ البشرية، وهو ما التزم به آدم وحواء عليهما السلام: من أن يكون لهما الملبس والمأكل والمشرب والسكنى في الجنة، لقاء الطاعة وعدم المعصية والالتزام بالشرط الجزائي الذي التزما به: وهو أن لا يأكلا من شجرة معينة، لكنهما لم يبقيا كثيراً على هذا التعهد بل أخلاَّ به فأكلا منها ولذلك نفَّذ الله عليهما الجزاء وهو الإخراج من الجنة قال تعالى: ﴿وقُلنَا يا آدمُ اسكُنْ أَنتَ وزوجُك الجنةَ وكُلا مِنها رَغَداً حيثُ شِئْتُما ولا تقربَا هذه الشجرةَ فتكونَا من الظَّالمين﴾[1].

ويقول تعالى: ﴿إنَّ لكَ أَلَّا تجوعَ فيها ولا تَعْرى * وأَنكَ لا تَظمؤُا فيها ولا تضحَى * . . . فأكلا منها فبدَتْ سوءاتُهُما. . . قال اهبِطَا منها جميعاً. .﴾[2].

ثمَّ شعر الإنسان بحاجته إلى العقود، والمبادلات عندما لم يكن ما لديه كافياً في سد متطلباته، ولا باستطاعته صنع كل مستلزماته، فاضطر إلى عملية المبادلات.

وبحثنا هنا يدور حول النظم، والتشريعات التي نظمت انتقال الملكية من شخص لآخر، وعملية التبادل والانتفاع من زاوية أنَّها: هل كانت تعتبر الإرادة حرَّة في إنشاء العقود؟ وهل تسمح لها بأن تنشىء بوحدها الآثار القانونية دون الحاجة إلى صبها في قالب معين؟ وهذا ما يسمى بالرضائيـة[3]، أم كانت تعتبر عملية الصب في قالب معين

(١) سورة البقرة: ٣٥.

(٢) سورة طه: الآيات ١١٨ ـ ١٢٣.

(٣) أردنا بالرضائية معناها الواسع، أمَّا «الرضائية» كمصطلح قانوني خاص هي أحد شقي مبدأ سلطان =

ضرورية في إنشاء الالتزامات؟، وهذا ما يسمى بالشكلية. وعندما نعود إلى تأريخ «الرضائية» الطويل نرى أنَّها باعتبارها ظاهرة اجتماعية تفاعلت مع الأوضاع، والحضارات، وتأثَّرت بها، لذلك آثرنا أن نذكر «الرضائية» في الشرائع والنظم الآتية:

في الإسلام، وفي النظم اللاتينية، والنظام الاشتراكي، والنظام الإنجليزي، وفي القانون المصري القديم (العصر الفرعوني)، والقانون العراقي القديم (قانون حمورابي وبابل)، وفي شريعة يهود. فعلى ضوء ذلك يتفرع من هذا الجذر سبعة فروع:

الفرع الأول

الرضائية في الشريعة الإسلامية

قرر القرآن الكريم: أنَّ حل أموال الناس لا يتم إلَّا بالرضا كقاعدة عامة لا تقبل حولها الجدل والنقاش، حيث يقول الله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينَكُم بالبَاطِلِ إلَّا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُم...﴾[1] فأثبتت هذه الآية الكريمة أنَّ كل معاوضة تمَّت برضا الطرفين فهي حلال. قال الشافعي: «فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين...»[2]. قال ابن العربي (ت ٥٤٣ هـ): «إنَّما يدل مطلق

= الإرادة حيث يقوم هذا المبدأ على أمرين:

الأول: الرضائية وهي كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية.

والأمر الثاني: قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني وهذا ما يعبر عنه بـ«العقد شريعة المتعاقدين».

راجع في ذلك: الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، دار المعارف العربية ١٩٨١، ص (١٠٣)؛ وأستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية ١٩٧٧، ص (١٥٨)؛ والدكتور عبد السلام ذهني بك، النظرية العامة للالتزامات، ط. مطبعة مصر، ص (٦٣)؛ والدكتور عبد الحي حجازي، موجز للنظرية العامة للالتزام، ط. المطبعة العالمية بمصر ١٩٥٥ م (٣٨/١).

(١) سورة النساء: الآية ٢٩. وراجع في تفسيرها: تفسير الطبري تحقيق الشيخ محمود شاكر، ط. دار المعارف (٢٢٢/٨)؛ وتفسير القرطبي، ط. دار الكتب المصرية ١٣٨٧هـ (١٥٣/٥ ـ ١٥٦)؛ وتفسير ابن كثير؛ وأحكام القرآن لابن العربي، ط. عيسى الحلبي (٤٠٧/١)؛ وأحكام القرآن للجصاص، ط. دار الفكر (١٧١/٢)؛ وأحكام القرآن لألكيا الهراس، ط. دار الكتب الحديثة (٣٢٥/٢).

(٢) الأم للإمام الشافعي، ط. الشعب ١٣٨٨ هـ.

الآية على التجارة عن الرضا وذلك ينقضي بالعقد...»[1]. قال الجصاص (ت ٣٧٠ هـ): «اقتضى - أي هذه الآية - إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض»[2]. ثمَّ قال: «وتدخل في قوله تعالى - هذا - عقود البياعات، والإجارات، والهبات المشروطة فيها الأعواض، لأنَّ المبتغى في جميع ذلك في عادات الناس تحصيل الأعواض لا غير»[3].

وبينت آية أخرى بأن طيب النفس والرضا الحقيقي هو الأساس في حل أموال الناس قال تعالى: ﴿وآتُوا النساءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحلَةً فإنْ طِبْنَ لكم عن شيءٍ منه نفساً فكُلوه هنِيئاً مَرِيئاً﴾[4].

فقد نصت الآية على أنَّ المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها عن طيب نفسها فقد حلَّ له ما وهبته[5]. وأمَّا الآيات في وجوب الوفاء بالعقود فأكثر من أن تذكر منها[6] قوله تعالى: ﴿يأيُّها الذينَ آمنُوا أوفُوا بالعُقود﴾[7]، وقوله تعالى: ﴿وأوفُوا بالعَهدِ إنَّ العهدَ كان مسؤلاً﴾[8]. وقد أكَّد النبي ﷺ هذه المبادىء في أحاديث كثيرة منها قوله ﷺ: «إنَّما البيع عن تراض»[9].

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/٤٠٩).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٢/١٧٢).

(٣) المصدر السابق (٢/١٣٧ - ١٧٤).

(٤) سورة النساء: الآية ٤. وراجع أحكام القرآن لابن العربي (١/٣١٦)؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/٢١٣)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٢/٨٥)؛ وأحكام القرآن لألكيا الهراس، ط. دار الكتب الحديثة (٢/١٠٧).

(٥) المصادر السابقة.

(٦) حيث ورد لفظ الوفاء ومشتقاته في القرآن الكريم أكثر من ستين موضعاً. انظر: مادة (وفى) في المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم للأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار مطابع الشعب ص (٧٥٦ - ٧٥٧).

(٧) سورة المائدة: الآية ١. وراجع تفسير القرطبي (٦/٣١).

(٨) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٩) الحديث رواه ابن ماجه بسنده عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً. قال الهيثمي: إسناده صحيح ورجاله موثقون، ورواه ابن حبان في صحيحه، والبيهقي في سننه. انظر: سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، ط. عيسى الحلبي (٢/٧٣٧)؛ ومجمع الزوائد للهيثمي (٤/٦٢)؛ والسنن الكبرى للبيهقي، ط. دار الفكر (٦/١٧).

وقد ذكر الفقهاء أنَّ أساس العقود المالية هو الرضا غير أنَّه لما كان أمراً خفياً أقيمت العبارة (ونحوها كالفعل عند من يقول به) مقامه[1]. قال شهاب الدين الزنجاني (ت ٦٥٦هـ): «الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿... لا تَأْكُلوا أموالَكُمْ بينَكُم بالبَاطِلِ إلَّا أنْ تكونَ تجارة عن تراضٍ...﴾[2] غير أنَّ حقيقة الرضا لما كان أمراً خفياً، وضميراً قلبياً اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي، وضابط جلي، يستدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين...»[3].

هذا هو المبدأ السائد في الشريعة الإسلامية القاضي بأن أساس التعامل هو التراضي وأنَّ الوفاء بالالتزامات واجب ليس على مستوى الأخلاق بل على مستوى القضاء، وأنَّ القضاء الإسلامي يحمي الاتفاقات المجردة بكل ما أتيح له من وسائل، بالإضافة إلى ما يترتب على الإخلال بالعهود والعقود من عقاب شديد في الدنيا

(١) راجع في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية، ط. دار صادر بيروت (٥/٧٣). وبدائع الصنائع، ط. مطبعة الإمام بالقاهرة (٦/٢٩٨٥). ورمز الحقائق، مخطوطة بمكتبتنا الخاصة للعلامة بدر الدين العيني ورقه (٣٢٧). وحاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار للحصكفي، ط. مصطفى الحلبي ١٩٦٦ (٤/٥٠٠). والبحر الرائق لابن نجيم الحنفي، ط. دار المعرفة بيروت (٥/٢٧٨). والفتاوى الهندية، ط. دار المعرفة بيروت (٣/٢). ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط. دار إحياء التراث العربي (٢/٥). وشرح الخرشي على مختصر الخليل ط. المطبعة الكبرى ببولاق مصر ١٣١٧ هـ (٥/٥). والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ط. عيسى الحلبي (٣/٢). وحاشية العدوي على رسالة أبي زيد، ط. عيسى الحلبي (٢/١٢٧). وبداية المجتهد. ط. مصطفى الحلبي (٢/١٧٠). والأم للإمام الشافعي (٢/٢). والوسيط للإمام الغزالي، مخطوطة دار الكتب ٢١٢ فقه شافعي ورقة (٥٠). والمهذب للشيرازي مع المجموع للنووي، ط. شركة العلماء (٩/١٤٥). والروضة للنووي، ط. المكتب الإسلامي (٣/٣٣٦). والغاية القصوى للبيضاوي، تحقيق علي محيي الدين القره داغي ط. دار الإصلاح (١/٤٥٧). والمغني لابن قدامة، ط. الرياض الحديثة (٣/٥٦١). وحاشية الروض المربع، ط. الرياض (٤/٣٢٥). والإنصاف للمرداوي، طبع على نفقة الملك سعود (٤/٢٦٥). والمحلى لابن حزم، ط. مكتبة الجمهورية العربية سنة ١٩٦٩ م (٩/٢٧٤). وشرائع الإسلام للحلي، ط. الآداب بالنجف (١/١٦٥). والمختصر النافع، ط. وزارة الأوقاف المصرية ١٩٥٨ ص (١٤٢). وعشرات المصادر الأخرى مما سيأتي أثناء البحث.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للإمام أبي شهاب الزنجاني، تحقيق الأستاذ محمد أديب صالح، تقديم الدكتور عبد السلام مدكور، ط. جامعة دمشق ١٣٨٢ ص (٦٢ - ٦٣).

والآخرة، وأنَّ التشريع الإسلامي لا شكلية فيه حيث إنَّ العقد ينعقد والالتزامات تنشأ دون حاجة إلى طقوس خاصة، وإذا كان بعض المذاهب الفقهية قد اعتنت بالألفاظ في العقود فإنَّ ذلك يعود إلى أنَّ اللفظ أقوى دليل على ما في الضمير، ولذلك يحل محل الرضا الحقيقي، أمَّا غير اللفظ فلا يصلح عنده أن يكون دليلاً على الرضا[١]، أو لأنَّ أسماء أحكام الشريعة توقيفية لا تعلم إلاَّ بالنصوص[٢]، ولا يعود إلى تقديس اللفظ كما توهم البعض[٣].

هذا وقد أبطلت الشريعة الإسلامية جميع الأشكال السائدة في العصر الجاهلي

---

(١) هذا مسلك الشافعية في قول حيث لم يقولوا بجواز بيع التعاطي وإن كان ابن سريج خرج قولاً في صحته اختاره الغزالي والروياني، والشيخ أبو حامد وغيرهم. وقد استحسنه ابن الصباغ ـ وهو من كبار علماء الشافعية ـ فذهب الجمهور في أنَّ البيع ينعقد بكل ما يعدُّه الناس بيعاً قال النووي: هذا الذي استحسنه ابن الصباغ هو الراجح دليلاً وهو المختار، لأنَّه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ وممن اختاره المتولي والبغوي وغيرهما.
انظر: الروضة للإمام النووي (٣/٣٣٦ ـ ٣٣٧) والمصادر السابقة.

(٢) وهذا مسلك الظاهرية، انظر: المحلى لابن حزم الأندلسي (٩/٢٩٤).

(٣) زعم الدكتور شفيق شحاتة في النظرية العامة للالتزامات في الفقه الحنفي، ط. مطبعة الاعتماد بالقاهرة (١/١٣١) أنَّه: «يوجد في الفقه الإسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه: (اللفظية) وهو أثر من آثار كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الأولى حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها». وهذا الزعم ناتج عن عدم فهم الشريعة الإسلامية الغراء، وإلاَّ فهي لا تعترف بالسحر بل تحرمه وتجعله من الكبائر المهلكة، كما أنَّ الإسلام لا يعطي التقديس للفظ البيع ونحوه ولا للفعل فهو عقيدة وشريعة منزلتان من السماء وليس فيهما أي أثر من آثار العصور الأولى حتى يبقى فيه أثر التقديس للتأثير السحري للفظ!! والفقهاء ما قالوا: إن اللفظ مقدَّس بل قالوا: إنَّ اللفظ أدل على ما في الضمير من الفعل ونحوه. وحتى هذا الكلام ليس على مستوى الفقه الإسلامي حتى يُحكم عليه هذا الحكم العام بل كما رأيت أنَّ الجمهور يقولون بأنَّ التعبير عن الرضا يتم بكل شيء يعده الناس بيعاً، والمخالف لهم قول مرجوح للشافعية كما قال النووي، ورأى الظاهرية الذين لا يمثلون إلاَّ رأياً خارجاً عن جمهور الفقهاء، وحتى الظاهرية ما قالوا بتقديس الألفاظ، وإنَّما قالوا: إنَّ البيع ونحوه من الأمور التي تحل الأشياء أو تحرمها. وهي قضية خطيرة فنقف فيها موقف ما ورد فيها من نصوص ولو ثبت لهم أنَّ نصاً ثابتاً قد أجاز التعاطي لقالوا به فالقضية تعود إلى تفكير الظاهرية ومسلكهم في استخراج الأحكام وعدم قولهم بالقياس. وتفصيل المسألة في الباب الثالث من هذه الرسالة إن شاء الله انظر: الروضة (٣/٣٣٦ ـ ٣٣٧)؛ والمحلى (٩/٢٩٤)؛ والمصادر السابقة للجمهور.

كالمنابذة(1) والملامسة(2)، وبيع الحصاة(3)

---

(1) المنابذة لغة مصدر «نابذ» من النبذ بمعنى الطرح والإلقاء. وفي الاصطلاح الفقهي له ثلاثة معان:
الأول: أن يجعل المتعاقدان النبذ نفسه بيعاً بأن يقول أحدهما للآخر: إذا نبذت إليك بالشيء فقد وجب البيع بيني وبينك.
الثاني: أن يجعلا النبذ بيعاً بغير صيغة.
الثالث: أن يجعلا النبذ قاطعاً للخيار.
والأصح هو المعنى الأول كما ورد به الحديث الصحيح فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المنابذة..». والمنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخر بثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض. قال الحافظ ابن حجر: «ولأبي عوانه من طريق أخرى عن يونس: وذلك أن يتبايع القوم السلع ولا ينظرون إليها، ولا يخبرون عنها، أو يتنابذ القوم السلع كذلك». فهذا من أبواب القمار. فعلى هذا كانت المنابـذة نوعاً من الشكلية في الجاهلية حيث كان البيع يتم بمجرد طرح الثوب وهذا بيع باطل لا يعتد به في الشريعة الإسلامية.
انظر: الحديث في صحيح البخاري مع فتح الباري، ط. السلفية (٤/٣٥٩)؛ ومسلم (٣/١١٥١)؛ والترمذي مع التحفة (١/٤٦٩)؛ والغاية القصوى (٤/٤٣٧)؛ ونيل الأوطار (٦/٢٨٤)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (٥/١٩٦)؛ والروضة للنووي (٣/٣٩٦).

(2) الملامسة لها ثلاثة معان وهي:
١ ـ أن يأتي بثوب مطوي، أو في ظلمة فيلمسه المستام فيقول له صاحب الثوب: بعتكه بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته.
٢ ـ أن يجعلا اللمس نفسه بيعاً بغير صيغة زائدة.
٣ ـ أن يجعلا اللمس شرطاً في قطع خيار المجلس وغيره.
فقد روى البخاري ومسلم بسندهما عن أبي سعيد قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة... والملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه». قال ابن حجر: والملامسة: أن يقول الرجل للرجل: أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمساً.
انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٥٨)؛ ومسلم (٣/١١٥١)؛ وفتح القدير (٥/١٩٦)؛ والغاية القصوى (١/٤٦٩)؛ ونيل الأوطار (٦/٢٨٤)؛ والمصادر السابقة.

(3) بيع الحصاة له ثلاثة معان وهي:
١ ـ أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة.
٢ ـ أن يقول: بعتك على أنّك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة.
٣ ـ أن يجعلا الرمي بالحصاة فيقول: إذا رميت هذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك بكذا. =

قال المرغيناني: «وهذه بيوع كانت في الجاهلية.. فنهى عنها رسول الله ﷺ»(١).

هذا هو المبدأ الذي استقرَّ بالقرآن الكريم والسنة المطهرة، وأمَّا تفاصيل هذا المبدأ فهي تظهر لنا ـ بإذن الله تعالى ـ مع خطوات هذه الرسالة وتتبع جزئياتها.

الفرع الثاني

الرضائية في النظم اللاتينية
(اعتباراً من عهد الرومان إلى العصر الحديث)

مرَّت الرضائية في النظم اللاتينية ابتداء من القانون الروماني إلى القوانين الحديثة ذات الصبغة اللاتينية بمراحل تأريخية شاقة وطويلة، استغرقت أكثر من ثمانية وعشرين قرناً، انعدم في بعضها دور الرضائية في العقود، وازدهرت في بعضها، وطغت في بعضها الآخر، أو قيدت، ولذلك سنقسم هذه المراحل التأريخية للرضائية إلى ست مراحل:

المرحلة الأولى ـ عدم اعتبار الرضائية (أي الشكلية البحتة):

كان القانون الروماني(٢) قد أطلق القول منذ البداية بأنَّ «الاتفاق المجرد لا تنشأ

= وقد روى مسلم في صحيحه: «أنَّه ﷺ نهى عن بيع الحصاة».
انظر: صحيح مسلم (١١٥٣/٣)؛ ونيل الأوطار (٢٨٤/٦).

(١) وراجع الهداية مع فتح القدير (١٩٦/٥)؛ والغاية القصوى (٤٦٩/١)؛ والمصادر السابقة.

(٢) القانون الروماني هو مجموعة القواعد القانونية التي طبقت في المجتمع الروماني منذ تأسيس مدينة روما في (٧٥٤ق. م) إلى أن اكتمل نضجها بمجموعات جوستنيان عام (٥٦٥م)، ولكن ظل مطبقاً في بعض بلاد الشرق إلى أن سقطت الإمبراطورية الرومانية عام (١٤٥٣ م) على أيدي الأتراك المسلمين، وبقي القانون الروماني مطبقاً على المدنيين بعد سقوط الإمبراطورية في الغرب عام (٤٧٦ م) إلى القرن الحادي عشر الميلادي. وكان للرومانين ـ الذين ورثوا الحضارة الإغريقية وغيرها ـ القدح المعلى في علم القانون وظفروا بمكانة ممتازة في ميدان القانون الخاص، ولا سيما في نطاق نظرية الالتزام التي قامت عليها أحكام الالتزامات في القانون الفرنسي ومعظم التشريعات الحديثة ذات الصبغة اللاتينية بعد التأثر بالنظريات الحديثة.

وأهم مصادر القانون الروماني في العصر الملكي (من سنة ٧٥٤ق. م إلى ٥٠٩ق. م) هو العرف، وفي عصر الجمهورية (٥٠٩ ق م ـ ٢٧ ق م) العرف، والتشريع الذي كان يصدر بناء على اقتراح الحكام ثمَّ يصوت عليه مجلس الشعب، وكان أوَّل تشريع هو قانون الألواح الإثني عشر سنة (٤٥١ =

= ق م) ومنشورات الحكام (البريطور) ثمَّ آراء الفقهاء، ثمَّ قانون الشعوب. وفي عهد الإمبراطورية العليا (عام ٢٧ ق م إلى ٢٨٥ م): التشريع، والمراسيم الإمبراطورية، ومنشورات الحكام، وأقوال الفقهاء، وكذلك الأمر في الإمبراطورية السفلى (عام ٢٨٥م - ٥٦٥م) إلى أن انتهى الحال بالتقنين الضخم الذي قام به جوستنيان الذي حكم الرومان منذ سنة (٥٢٧ م - ٥٦٥ م) حيث شكَّل عدَّة لجان لتجميع القانون الروماني التي بدأت أعمالها عام (٥٢٨ م) وانتهت منها عام (٥٣٤ م) وأكملت بالفعل ثلاث مجموعات رسمية وواجبة التطبيق وهي مجموعة الدساتير: (Codex) والنظم (Institutiones) والموسوعة (Gigesta) ثمَّ صدرت مجموعة رابعة غير رسمية تسمى مجموعة الدساتير الجديدة (Novellae Constutiones).

وهذه المجموعات تعتبر خلاصة الفكر القانوني الروماني خلال قرونه العديدة مع إدخال تعديلات وزيادات تتناسب مع عصر جوستنيان. وقد حرم جوستنيان التعليق على مجموعاته، أو مقارنتها بما سبقها، أو إبداء الملاحظات عليها، وقد قصر الدراسة القانونية عليها. وقد ظلت مجموعة جوستنيان هي الأساس في الإمبراطورية الشرقية إلى عام (١٤٥٣ م) لكن الإمبراطور ليون حاول تطعيم القواعد الرومانية بالمبادىء المسيحية فأصدر مجموعته المسماة بالقوانين المختارة عام (٧٤٠ م) لكنها ألغيت بمجموعة الملك بازيل (٨٧٠ م) التي استمدت أحكامها من مجموعات جوستنيان وظلَّت كذلك في الغرب إلى القرن الحادي عشر الميلادي حتى نشطت الدراسة القانونية منذ القرن الثاني عشر فأدَّت إلى تطبيقها في غرب أوروبا على الرغم من عداء الكنيسة لها، وفي منتصف القرن الثالث عشر ظهرت المحاولات لاستنتاج الأصول والمبادىء العامة من النصوص الرومانية مطعمة ببعض قواعد القانون الكنسي، ومع ظهور النهضة العلمية في القرن السادس عشر ازدهرت دراسة القانون الروماني من الوجهة العلمية فقط، وكان للفقيهين الفرنسيين: دوما (Domat) (١٦٢٥ م - ١٦٩٦ م) وبوتيه (Pothier) (١٦٩٩ - ١٧٧٢ م) أثر كبير في بلورة الأفكار القانونية الحديثة كمبدأ سلطان الإرادة وغيره والتي توجت بتقنين نابليون في بداية القرن التاسع عشر.

والقانون الروماني نشأ نشأة متأثرة بالدين ثمَّ ما لبث أن انفصل عن الدين والأخلاق منذ صدور قانون الألواح الإثني عشر، وظلَّ كذلك طيلة عصوره. انظر في تفصيل ذلك:

Huvelin, Cours élémentaire De Droit Romain, Paris, 1927 P. 6 - 19.

Monier Manuel De Droit Romain, Paris, 1947. P. 3.

Ciffard, Précis De Droit Romain, 1938, P. 27.

وراجع: أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، ط. دار النهضة العربية ١٣٨٥ هـ، ص (٣ - ٢٠١). ومبادىء تأريخ القانون، ط. دار النهضة العربية ١٣٨٧، ص (٢٧٧ - ٢٨٥). وتأريخ النظم القانونية، ط. دار النهضة العربية ١٩٧٨، ص (٣٠١ - ٣٥٣). =

عنه دعوى» أي لا يتولد عنه حق (كما في الموسوعة ٢، ١٤، ٧، ٤) (Exnudo Pacto Actio Non Nasciture) ولذلك انطبع بطابع خاص من الشكلية التي سادت كل نظمه من القانون العام والخاص، وما يتعلق بالأسرة والأشخاص، أم بالملكية والحقوق والالتزامات، وكان انفصال المال عن صاحبه شيئاً صعباً بل غير مفهوم إلى حد بعيد، فقد قال (Cicèren): «إن الدين السائد في الرومان ينص على أنَّ الأموال وعبادة كل أسرة غير قابلة للانفصال»[١]. فالشكل وحده ـ ودون أن يعبأ بالإرادة، أو أن يبحث عن الرضاء، وبصرف النظر عن عدم وجود السبب أو مشروعيته ـ هو المطلوب لنقل الملكية، أو الانتفاع بها، بل إنَّ إنهاء آثار العقد كان يتطلب استخدام شكل معين، فالإرادة كانت عاجزة عن إنشاء التصرف القانوني، أو تحديد شروطه، وآثاره إلَّا إذا تمَّ التعبير عنها طبقاً لشكل حدَّده القانون بعينه، وأنَّ أي مساس بمراسيم الشكلية يجعل العقد باطلاً معدم الأثر. فلم يكن بوسع العاقد ـ على ضوء القانون الروماني القديم[٢] ـ أن يكتسب ملكية شيء إلَّا بعد اللجوء إلى إحدى الطرق الثلاث الآتية وهي:

= وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط. دار النهضة العربية ١٩٧٧، ص (١٢٢). والأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، ط. مكتبة وهبة، ص (٤٢). وتأريخ القانون الروماني، ط. الإسكندرية ١٩٤٩، ص (١٥ وما بعدها). وإبراهيم نصحي وزكي علي، النظم الدستورية الإغريقية والرومانية، ط. المطبعة الأميرية سنة ١٩٤١ م، ص (١٠٨ ـ ٢٢٥). والأستاذ محمود السقا، دور القاضي في روما خلال العصر العلمي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والأربعون سبتمبر ـ ديسمبر ١٩٧٥، ص (٧ ـ ٤٩). والدكتور إبراهيم العدوى، الدولة الإسلامية وإمبراطورية الروم، ط. مكتبة الأنجلو المصرية ١٩٥٨، ص (٣١). والدكتور شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، ط. مكتبة وهبة ١٩٦٣، ص (٧ ـ ٥٧). والدكتور فخري أبو سيف، تأريخ القانون، ط. ١٩٨٠ ص (٣٠٩). وول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، نشر الجامعة العربية، (١/٦٧...).

(١) Ciceron De Leg, 11, 19.

المشار إليه في:

Dr. Fathi: Aspects Nouveaux Du Fonmalisme Dans Les Contrats Civils. Le Caire 1974, P.34.

(٢) القانون الروماني القديم يبدأ منذ تأسيس روما عام (٧٥٤ ق م) إلى حوالي سنة (٢٠٠ ق م) أي يشمل العصر الملكي (٧٥٤ ق م ـ ٥٠٩ ق م) مع معظم العصر الجمهوري الذي بدأ سنة (٥٠٩ ق م إلى سنة ٢٧ ق م).

انظر: د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، ص (٢٠ ـ ٢٢)؛ و د. شفيق شحاته، المصدر السابق ص (٠٠٠٧).

١ ـ طريقة التصرف بالسبيكة والميزان (Per Aes Et Libram) ويعتبر الإشهاد من أهم تطبيقاته.

٢ ـ والدعوى الصورية (Inin Jure Cessio).

٣ ـ والاشتراط الشفوي[١] (Stipulatio)[٢].

ويؤكد ذلك قانون الألواح الإثني عشر، حيث ينص على أنَّه «حينما يقوم الشخص بعمل عقد قرض، أو بعمل إشهاد، فإنَّ ما أعلنه رسمياً بلسانه يكون هو القانون»[٣]. فقد حجبت الشكلية عن العيون أي دور للإرادة، فالآثار القانونية تترتب

---

(١) وقد ظهر في العصر القديم للقانون الروماني التعهد الشفوي المسمى بالـ: (Sponsio) حيث كان يلتزم الشخص بمقتضى عبارته هو لا بموجب عبارة الدائن ثمَّ يلتزم الثاني أيضاً بموجب عبارته وكان ذلك في شكل سؤال وجواب حيث يقول الدائن: هل تعد؟ فيجيب المدين عنه: «نعم أعد». وهذه الطريقة اتبعت لإلزام الكفيل إذا ما كفل ديناً نشأ عن عقد شفوي فكان للدائن بموجب هذا التعهد دعوى ضدَّ مدينه منذ عهد قانون الألواح الإثني عشر، ثمَّ لما ظهرت العقود المسماة كان الاشتراط الشفوي أو التعهد الرسمي (Stipulatio) من أقدم الأوضاع الرسمية لها، وهو قد انبعثت فيه طريقة الحوار وكان الالتزام في هذه الصورة ينشأ عن العبارة الصادرة عن الملتزم فهي التي تجعل له وجوداً وأثراً في القانون.

انظر: الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، ص (٦٦). والأستاذ الدكتور فتحي عبد الرحيم، الأشكال الجديدة للشكلية في العقود المدنية، رسالة الدكتوراه باللغة الفرنسية طبعة القاهرة ١٩٧٤ ص (٣٠).

(٢) انظر في موضوع الشكلية بالتفصيل:

Dr. Fathi. Aspects Nouveaux Du Formalisme Dans Les Contrats civils. Le Caire 1974 P. 23.

Ihering, Esprit Du Droit Romain, Trad. Franc., Paris, T. III P. I56 - 255.

Lèon Juliot De La Morandière: Dallez. 4eme èd. 1966; T. II, P. 179.

Monier, Manuel èlèmentaire De Droit Romain, T Il, Paris, 1948. P. 32

Louis Josserand: Cours De Droit Civil Positif Français, Paris, 1933, T. Il, P. 14

ومجموعة جوستنيان (٢، ٣، ٢٠) ترجمة عبد العزيز باشا، ط. القاهرة ١٩٤٦.

وراجع: أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، ص (٠٠٠٦). والوجيز في القانون الروماني، ص (٠٠٠٢٩٧). والدكتور معروف الدوليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، ط: جامعة دمشق طبعة رابعة سنة ١٩٦١ (٢/٢٦١ ـ ٢٦٥). ود. عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، ص (١٤٠ ـ ١٤٥).

(٣) قانون الألواح اللوح السادس الفقرة الأولى. المشار إليه في: أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، ص (١٩).

بمجرد استيفاء الإجراءات، والطقوس، أو النطق بالألفاظ التي قررها القانون، ولا يكفي لنشأة التصرف التعبير عن الإرادة بالصورة التي رسمها القانون فحسب، بل لا بدَّ أيضاً من موافقة الهيئة الاجتماعية على هذا التصرف، وقد تتم هذه الموافقة حسب نوعية العقد وخطورته حيث قد يستدعي موافقة المجالس الشعبية كما هو الحال بالنسبة للوصية، وقد تتطلب صورة إجازة الحاكم للتصرف كما هو الحال بالنسبة للعتق والدعوى الصورية، وقد تأخذ صورة اشتراط حضور عدد معين من الشهود كما هو الحال في الإشهاد حيث لا بدَّ من حضور جماعة يمثلون طبقات الشعب الروماني أو لا بدَّ من العمل أن ينتشر حتى يصل إلى علم المواطنين[1]. وقد شرح لنا جايوس (الفقيه الروماني في القرن الثاني الميلادي) مراسيم نقل الملكية عن طريق القبض باليد، وهي إحضار ميزان، وحامل للميزان وخمسة من الشهود الرومانيين (بالأصل) الذكور البالغين، وطرفي العقد، والشيء المطلوب بيعه إذا كان منقولاً، ثمَّ تبدأ بقية المراسيم من قبل المشتري وهي: قبض المشتري الشيء ثمَّ يعلن الألفاظ الرسمية، فيقول: إنَّ هذا الشيء هو لي بموجب الحقوق الوطنية الرومانية، ثمَّ يضيف جملة أخرى رسمية بخصوص سبب الملكية، مثل الشراء إذا كان شراء. ويقول جايوس: «إنَّ هذه الطريقة صورة عن بيع مع وزن وهمي للثمن»[2]. وقد ظلَّت هذه المراسيم مطبقة إلى أن ألغاها جوستنيان[3].

كما شرح لنا جايوس طريقة التنازل أمام القضاء فذكر أنَّ من مراسيمها: حضور العاقدين أمام القاضي، وقبض المشتري على الشيء بيده، وقوله: إنَّ هذا الشيء لي بمقتضى الحقوق الوطنية الرومانية ثمَّ يسأل القاضي البائع بقوله: هل لك اعتراض؟ فإن وافق يعلن القاضي إلحاق المبيع بالمشتري[4].

وأمَّا طريقة التسليم ـ أي إعطاء الشيء يداً بيد ـ فهي وإن كانت مجردة عن

---

(١) الدكتور صوفي أبو طالب، المصدر السابق ص (١٨). والدكتور فتحي عبد الرحيم، رسالته السابقة ص (٣٣).

(٢) نظم جايوس نقلاً عن: الأستاذ الدكتور الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، ط. جامعة دمشق طبعة رابعة ١٩٦١، ص (٢/٢٦١ ـ ٢٦٥). والدكتور عبد الحفيظ رواس قلعه جي، سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بالأزهر سنة ١٣٩٠ هـ، ص (٤٢ ـ ٤٥).

(٣) د. الدواليبي المصدر السابق نفسه.

(٤) المصادر السابقة والدواليبي المصدر السابق (٢/٢٦٦ ـ ٢٦٧).

المراسيم لكنها لا تكتسب الملكية للمتعاقدين إلَّا بعد تحقق عنصر مادي، وعنصر معنوي، **فالأول**: هو وضع اليد على الشيء فكان يتطلب إذا كان المبيع منقولاً أن يسلمه يداً بيد، وإن كان غير منقول يلزم على البائع أن يقود المشتري إلى الأرض، ليسلمه إياها بصورة مادية وذلك بأن يطوف في مختلف جهات الأرض، وكان تحقق هذا العنصر بهذا الشكل ضرورياً في العصر العلمي غير أنَّه خفف فيما بعده حيث اكتفي في الأشياء غير المنقولة كالأرض مثلاً بالصعود إلى مرتفع، والإشارة إلى الأرض بالإصبع في الوقت الذي يعلن تسليمه الأرض، أو تسليم المفتاح إذا كان المبيع مسكناً[1]. وأمَّا الثاني فهو السبب المشروع لاكتساب الملكية، فكان لا بد منه أيضاً[2].

وفي الواقع كانت الشكلية في بداية القانون الروماني القديم تقوم على صيغ وإجراءات وطقوس مرنة إلى حد ما، قابلة للتحوير بالزيادة، أو الحذف، أو التعديل لكنها ما لبثت كثيراً حتى استقرت، واكتسبت القدسية التي استمدتها من أصلها الديني باعتبارها طقوساً تهدف إلى إظهار إرادة الآلهة حتى لا يجوز المساس بها بأي نوع كان ولو على شكل ترجمة، وحتى بعدما انفصل القانون الروماني عن الدين بصدور قانون الألواح الإثني عشر بقيت هذه الصيغ والطقوس مصدر الحقوق والالتزامات غير أنها استمدت قوَّتها من إرادة المشرع الذي خلع عليها هذه الصبغة الإلزامية[3]. وهكذا بقي القانون الروماني طيلة القرون الخمسة الأولى تسوده الشكلية البحتة بإجماع شراحه المحدثين[4] نظراً لكونه يحكم مجتمعاً زراعياً يتمتع بالاكتفاء الذاتي، ولم يكن له صلة بالعالم الخارجي إلى أن احتكَّ بالعالم نتيجة حروب خاضها الرومان ولاسيما الحروب البونية الثانية حوالي عام (٢٠٠ ق م) وانتصروا فيها وسيطروا على شبه الجزيرة الإيطالية، وصقلية، وإسبانيا، وبلاد الإغريق وبلاد الغال، ثمَّ مصر وغيرها من البلاد المحيطة بالبحر الأبيض المتوسط[5]. وحكموا شعوباً متحضرة ذات ثقافات وفلسفات

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة والدكتور شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٧٦).

(٣) د. صوفي أبو طالب، مبدأ سلطان الإرادة ص (١٧، ٢٠). والوجيز ص (٢٧٩). د. فتحي عبد الرحيم، رسالته السابقة بالفرنسية ص (٢٨ ـ ٣٣).

(٤) وقد ادَّعى هذا الإجماع الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب في كتابه، مبدأ سلطان الإرادة ص (٦) وعضد رأيه بعشرات من المصادر فراجعها. وراجع المصادر السابقة.

(٥) المصادر السابقة، وراجع: د. شفيق شحاتة المصدر السابق ص (١٢).

عريقة وأعراف مختلفة أدَّت إلى ظهور العصر العلمي[1] للقانون الروماني.

المرحلة الثانية: ظهور الرضائية كاستثناء

تطور المجتمع الروماني في القرن الثاني قبل الميلاد تطوراً كبيراً شمل معظم النواحي السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، وذلك بعد سلسلة من الحروب أدَّت إلى انتصار الرومان وسيطرتهم على جزء كبير من العالم شمل شعوباً مختلفة ذات حضارات ومدنية، فاحتكوا بثقافات هذه الشعوب، فكان من أهمها الثقافة الإغريقية بفروعها الثلاثة: المنطق والفلسفة وقواعد اللغة، ومن جهة أخرى لم يعد المجتمع الروماني مجتمعاً زراعياً، بل أصبحت التجارة عنصراً مهماً فيه حيث نشطت التجارة بين هذه الشعوب، وأصبحت قواعد الشكلية عقبة كبيرة أمام ازدهارها، بل لم تعد قادرة على تلبية حاجات المجتمع، لذلك حاول الفقهاء الرومانيون والبريتور تدارك هذا النقص فتبعوا منهجاً جديداً في البحث وهو المنهاج الجدلي الذي استعاروه من الفلاسفة الإغريق فاستطاعوا من خلاله ابتكار طرق جديدة لتفسير القانون بالإضافة إلى أنَّ الثقافة الإغريقية قد مدَّتهم بأفكار جديدة مثل الثقة، والأمانة، والعدالة فبنوا عليها كثيراً من الأحكام القانونية التي استحدثوها[2] ومن أهمها أنَّ هذه الأفكار توجب على

(١) العصر العلمي للقانون الروماني يبدأ حوالي عام (٢٠٠ ق م) إلى عام (٢٨٤ م) أي يشمل القرنين الأخيرين من العصر الجمهوري وعصر الإمبراطورية العليا.

هذا وقد قسَّم علماء القانون المراحل التي مرَّ بها القانون الروماني من حيث القوة والضعف إلى أربع مراحل:

١ ـ عصر الطفولة وهو عصر القانون القديم (٧٥٤ ق م ـ ٢٠٠ ق م).

٢ ـ عصر الصبا، وهو صدر العصر العلمي (٢٠٠ ق م ـ ٢٧ ق م).

٣ ـ عصر النضج وهو بقية العصر العلمي وجميع عصر الإمبراطورية العليا (٢٧ ق م ـ ٢٨٤ م).

٤ ـ عصر الشيخوخة، وهو عصر الإمبراطورية السفلى (٢٨٤ م ـ ٥٦٥ م). ويطلق شراح القانون الروماني اسم العصر البيزنطي على الفترة التي تلت وفاة جوستنيان حتى سقوط بيزنطة (أي قسطنطينية منذ عصر الأباطرة) سنة (١٤٥٣ م).

انظر: د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني (ص ٢١ ـ ٢٠١)، و د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٢٥ ـ ٤٢) والمصادر السابقة.

(٢) راجع في أثر الفلسفة الإغريقية في القانون الروماني:

Gaudemet, Gours De Droit Romain Approfondi, Paris, 1949 - 1950, P. 60 - 96.

والأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة ص (٢٠ ـ ٢٢).

الشخص الوفاء بما يتعهد به، وقد تلقف البريتور هذه الفكرة، ووصل من خلال نظام دعاوى البرنامج (Actiones Per Tormalas) (الذي استحدث في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد) إلى خلع صفة الإلزام عليها، فإذا ما حاول المدين الإخلال بالثقة التي أعطاها الدائن ولم ينفذ ما تعهد به اعتبره مرتكباً لعمل مخالف لما تقتضيه الثقة والأمانة أي مرتكباً لعمل يدخل في نطاق الغش والخديعة وحمى هذا العقد بالدعوى المبنية على حسن النية التي تقضي بتقدير موقف المتعاهدين على ضوء ما توجبه عادات الشرفاء[1]. وقد قام البريتور (أكويليوس جاليوس) عام (٦٦ ق. م) بإكمال هذا النظام حينما ابتدع دعوى التدليس التي أنشأها[2]، فعلى هذا استطاع البريتور الوصول إلى حماية توافق الإرادتين، ومن ثمَّة ظهور الإرادة باعتبارها جوهر العقود، والاكتفاء بالتراضي كسبب كافٍ للالتزام في عقود أربعة هي البيع والإجارة والشركة والوكالة، يقول جوستنيان: «يتم بالتراضي انعقاد التزامات في البيوع والإجارات والشركات، والتوكيلات... بلا حاجة إلى الكتابة، (كالالتزامات الكتابية) ولا إلى حضور المتعاقدين (كالالتزامات القولية)، ولا إلى شيء ما (كالالتزامات الناشئة عن الشيء)...»[3]، فهذه العقود الأربعة استثناء عن القاعدة العامة التي تقتضي بأنَّ الاتفاق المجرد لا يولد التزاماً، ويعود السبب في اعتراف الرومان بهذه العقود الرضائية إلى التطور الذي استدعى تسهيل التعامل، وعدم التقيد بالأشكال ولا سيما في هذه العقود الأربعة التي هي عماد التعامل وشريان النظام الاقتصادي والتجاري، بالإضافة إلى أنَّها عقود ثنائية ملزمة للجانبين على معنى أنَّ التزام كل من المتعاقدين مرتبط بالتزام الآخر فيها[4].

---

(١) الدكتور صوفي أبو طالب، المرجع السابق (ص ٢٢، ١٤٢).

(٢) الدكتور صوفي أبو طالب، المرجع السابق ص (١٤٣)، وقد ذكر نصوصاً عن شيشيرون تؤيد ذلك منها: «ولكن الغش (التدليس) معاقب عليه إمَّا بنص في القانون كما في حالة الوصاية حيث ورد العقاب عليه في قانون الألواح الإثني عشر وإما بدون نص في القانون كما في حالة الدعاوى التي يضاف إلى صيغتها كلمات، طبقاً لمبادىء حسن النية، وفي دعوى استرداد أموال الدوطة حيث نجد عبارة: «طبقاً لما تقتضي به العدالة»، وفي دعوى الإئتمان حيث نجد عبارة: «طبقاً لما يجري بين الناس الشرفاء».

(٣) المتون (٢، ٢٢) وهذا المعنى نفسه نجده في كتاب جايوس (٣: ١٣٥ و١٣٦) المشار إليه في الدكتور شحاتة، الوجيز ص (١٤٧).

وقد أضاف الإمبراطور (Zenon) (٤٧٧ ـ ٤٨٨ م) عقداً خاصاً وهو عقد الحكر لكنه في الواقع منضو تحت الإجارات. راجع المتون (٣: ٢٤: ٣).

(٤) الدكتور شفيق شحاتة، نظرية الالتزام في القانون الروماني ص (١٤٨ ـ ١٤٩).

ولا يوقعنا ذكر هذه العقود الأربعة الرضائية مع البعض في الظن بأنَّها نشأت دفعة واحدة بل نشأت على فترات متباعدة فقد كان أسبقها في الظهور عقد الشركة حيث ظهرت كعقد رضائي في أواخر عهد الجمهورية[١]، ثمَّ تلاها بعد قليل عقد الوكالة[٢] وهما عقدان يشبه كل منهما الآخر في أنَّهما ينبنيان على فكرة الوفاء، ونشأ في الأصل بين الأقارب، والأصدقاء، ثمَّ ظهر بعد فترة عقد البيع[٣] كعقد رضائي فتلاه عقد الإجارة وهما من عقود المعاوضة[٤].

وقد اختلف شراح القانون الروماني المحدثون في تحديد الوقت الذي أصبح

---

(١) عرف القانون الروماني الشركة على صورة بدائية في نطاق الأسرة فقط ثمَّ تجاوزت إلى الأصدقاء والجيران ثمَّ شركة الأموال وهي أن يجعل الشركاء جميع أموالهم الحاضرة والمستقبلة مشتركة فيما بينهم ولكن لا يستطيع أحدهم التصرف في المال المشترك، ثم ظهرت صور أخرى لها، وأهمها الشركة بجميع المكاسب وهي شركة يراد بها الربح، ويحتفظ كل شريك بأمواله الخاصة ويجعل كل ما يحصل عليه من أموال شركة فيما بينه وبين شركائه الآخرين ما عدا ما يأتيه من طريق الإرث أو الوصية، أو الهبة. ولم يعرف الرومان شركة التوصية (أو ما يسمى في الشريعة الإسلامية عقد المضاربة أو القراض). وكان عقد الشركة يتم عن طريق التعهد الشفوي قبل أن يصبح من العقود الرضائية. ولما أصبح منها لم يعد في حاجة إلى تعهد شفوي، أو كتابة، أو عمل معين وأصبح يعتبر باطلاً إذا انعقد عن طريق التدليس، واشترط جوستنيان في تكوينه نية التعاقد. انظر: الدكتور شفيق شحاتة المصدر السابق ص (١٥٢ ـ ١٥٥) ومصادره المشار إليها.

(٢) الوكالة في صورتها القديمة عبارة عن قيام الشخص مقام آخر في إدارة أمواله فهو بمثابة الوصي، ثمَّ ظهرت بمعناها المعهود وأدخلها فقهاء العصر العلمي في عداد العقود الرضائية.
انظر: الدكتور شحاتة المصدر السابق ص (١٦٦).

(٣) يسمى في القانون الروماني بعقد الشراء والبيع مما يدل على أنَّه كان هناك في الأصل تصرفان قانونيان مما يؤكد بأنَّ العقد عند فقهاء هذا العصر هو كل عمل قانوني يترتب عليه أثره وليس توافق الإرادتين. ثمَّ إن عقد البيع ينشىء التزامات في ذمة العاقدين فقط وليس من بينها نقل الملكية، أمَّا الملكية فلا شأن للعقد بها وهذه هي أهم خاصية للبيع في القانون الروماني وبذلك يختلف عن البيع في التشريعات الحديثة التي تنص على أنَّ البيع ناقل للمشتري ملكية الشيء (٤١٨ م) وكذلك عن البيع في الفقه الإسلامي الذي عرفه بأنَّه مبادلة المال بالمال.
انظر: فتح القدير، ط. بولاق مصر سنة ١٣١٦ هـ (٧٣/٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي، ط. عيسى الحلبي (٢/٣ ٠٠)؛ والروضة (٣٣٦/٣). وراجع الدكتور شحاتة المصدر السابق (١٧٨ ـ ١٨٠).

(٤) الدكتور شحاتة المصدر السابق ص (١٤٩)، وراجع متون جوستنيان (٣، ٢٢).

للإرادة فيه دور رئيسي في التصرف القانوني، ففريق منهم يرى أنّ فقهاء العصر العلمي (٢٠٠ ق م - ٢٨٤ م) قد اكتشفوا الدور الحقيقي للإرادة واعتبروها جوهر التصرف القانوني داخل حدود ما رسمه له القانون وذلك بحماية البريتور للاتفاق قبل سنة (٦٣ ق م) مع بقاء الشكلية كأصل[١] في حين ذهب غالبية الشراح إلى أنّ الإرادة لم يكن لها دور رئيسي في التصرف القانوني طيلة العصر العلمي إلاّ على سبيل الاستثناء بخصوص العقود الرضائية الأربعة، وأنّ الرضائية لم تصبح أصلاً عاماً للعقود حتى في عهد جوستنيان[٢]، وتوسط فريق ثالث، وقضى بأنّ الإرادة لم تصبح جوهر التصرف القانوني إلاّ منذ القرن الثاني بعد الميلاد[٣] وبعد العصر العلمي خفّت حدّة الشكلية حيث قلصت طرقها في عهد الإمبراطور السفلي، فقلل من استعمال الإشهاد، والدعوى الصورية، وغلب المعنى على اللفظ إلى حد ما منذ صدور دستور الإمبراطور ليون عام

---

(١) راجع في تفصيل هذه الآراء:

Piedelivre Les Transformations De Formalisme Dans Les Obligations Civils, Paris, 1959, P. 25.

Lescot: Evolution Des Formes De La Stipulation, Paris, 1922, P. 20

وراجع: د. صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة ص (٧ - ٨٢)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، رسالته السابقة؛ ود. شفيق شحاتة، المصدر المسابق ص (٧٦)؛ ود. عادل بسيوني، المرجع السابق نفسه.

(٢) وقد دافع أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب عن هذا الرأي في كتابه مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني المطبوع عام ١٩٦٤ م ص (٨٠) حيث قال: «فالفقهاء الرومان - منذ العصر العلمي - اعتبروا التراضي ركناً رئيسياً في كل العقود... ولكن دوره يختلف فهو لا ينشىء الالتزام في العقود العينية، والعقود الكتابية، والعقود اللفظية... أمّا في العقود الرضائية فالتراضي وحده يكفي لنشأة الالتزام دون حاجة لأي عنصر خارجي». غير أنّه في كتابه الأخير: تطبيق الشريعة الإسلامية المطبوع عام ١٩٧٧ ص (١٥٨) يقول: «كان القانون الروماني يجهل طيلة مراحل تطوره - مبدأ سلطان الإرادة، ولم يظهر هذا المبدأ إلى حيز الوجود في الشرائع الغربية إلاّ في العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية على رأي البعض، وتحت تأثير الفقه الإسلامي على رأي البعض الآخر».

(٣) وقد اختار هذا الرأي كثيرون منهم د. شفيق شحاتة في كتابه، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٧٦)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، الأشكال الجديدة في العقود المدنية رسالة دكتوراة بالفرنسية ص (٢٨)؛ ود. عادل بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، ط. الهيئة المصرية ١٩٧٨ ص (١٨ - ١٨٧).

(٤٧٢ م) كما ظهر في هذا العصر نوع جديد من الاتفاقات بعيداً عن الشكلية عرفت باسم الاتفاقات المشروعة مثل الهبة، والوعد بالدوطة[1]، والصلح، كما تطورت العقود غير المسماة وأصبح للإرادة سلطان في حدود ما رسمه القانون لكنه مع ذلك فإنَّ الإرادة ـ حتى بعد أن أصبحت جوهر الاتفاق في عهد جوستنيان ـ لم تستطع وحـدها نقل الملكية حيث اقتصر دورها على إنشاء الالتزام، أمَّا نقل الملكية فكان يتم من خلال إحدى طرق كسب الملكية المقررة في القانون حيث نصَّت مجموعة دساتير جوستنيان (٢، ٣، ٢٠) على أنَّه: «تنتقل الملكية بالتسليم، أو بالتقادم وليس بالاتفاق المجرد»، ونصَّت الموسوعة (٢، ٤، ٧، ٤) على أنَّ «الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام، ولكنه يولد دفعاً»، فالقانون الروماني في مختلف عصوره كان يميز بين الاتفاق، والعمل الناقل للملكية، فالاتفاق لا يكسب حق الملكية، ودوره ينحصر في إنشاء الالتزامات، وأمَّا كسب الملكية فلا بدَّ فيه من الالتجاء إلى إحدى الطرق التي نص عليها القانون مثل الإشهاد، أو الدعوى الصورية أو التسليم، أو التقادم. . . فلم يعتبر العقد وحـده أبداً من بين أسباب كسب الملكية بالاتفاق[2]. كما أنَّ الحرية التعاقدية لم يصل إليها على الإطلاق[3] بل ظلَّ القانون الروماني والقضاء الذي يحكم به يـرددان القاعدة الشكلية إلى العصر الوسيط[4]، فلم يظهر مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الغربية إلاَّ في القرن الخامس عشر أو السادس عشر كما يأتي[5].

(١) الدوطة هي المال الذي تتعهد به الزوجة ـ أو آخر عنها ـ مساهمة في تحمل أعباء المعيشة، وتنقل ملكيته إلى الزوج بمجرد الزواج.
انظر: د. شفيق شحاتة، المرجع السابق ص (٣٠٠).

(٢) د. صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة ص (١٢)، والوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٨)؛ و د. شفيق شحاته، المرجع السابق ص (١٨٩).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) فقد تجاهلت محكمة مقاطعة نورماندي (Normandie) في حكم لها عام ١٢٠٨ م مبدأ سلطان الإرادة، وكذلك حكم بأحكام مماثلة في ١٢١٣ م و ١٢١٦ م و ١٢٣٠ حيث قررت أنَّ انتقال الحقوق العينية لا يكون إلاَّ بتسليم ضمان. انظر: هذه الأحكام مع التعليق عليها في:
Etablissement Et Coutumes Assises Et Arrèts De Normandie Au XIIIème Siècle, Paris, 1939 De Fiance, P. 114.

و د. عادل بسيوني، المصدر السابق، ص (٢٦٠) ومصادره المشار إليها.

(٥) المصادر السابقة.

المرحلة الثالثة: ازدهار الرضائية في نطاق الأخلاق في ظل القانون الكنسي[1]

ازدهرت الرضائية في ظل القانون الكنسي لعدَّة أسباب:

من أهمها: أنَّ سلطان الإرادة في القانون الروماني الذي كان يطبق على الشعوب الرومانية كان قد خطا بعض خطوات إيجابية، كما أنَّ الدين المسيحي قد انتشر بين الشعوب التي يسيطر عليها الرومان وأنَّ هذا الدين كان من مبادئه الأخلاقية احترام

(١) هو القانون الخاص برعايا الكنيسة الذي كان ينظم علاقاتهم الاجتماعية في ظل الدولة الرومانية، وكان قد استمد قواعده من الكتب المقدسة عندهم ومبادىء العدالة والأفكار السائدة في عصرهم بعد تصبيغها بصبغة دينية.

ويعود سبب نشأته إلى أنَّ الدولة الرومانية قد حاربت المسيحية في البداية فاضطرت الكنيسة إلى تنظيم نفسها بحيث تصبح هي وأتباعها في غنى عن دولة، فبدأت تنظم رعاياها على غرار النظام الإداري الروماني فقسمت الدولة إلى مناطق وعينت في كل منطقة تابعاً لها يدير الكنيسة ورعاياها وبذلك نشأت السلطة الكنسية التي أدَّت إلى نشأة القانون الكنسي، ثمَّ لما اعتنق الإمبراطور قسطنطين الدين المسيحي حماه بواسطة منشور ميلانو عام (٣١٢ م) وسمح لرعايا الدولة اعتناقها، واعترف بالقضاء الكنسي، وجعل له اختصاص الفصل في المسائل الدينية، وأضاف إلى اختصاصه الفصل في المنازعات المدنية التي ترفع إليه برضاء المتخاصمين، وبذلك نشأت المنافسة بين المحاكم الكنسية، والمحاكم المدنية التي تطبق القانون الروماني، وحينما سقطت الدولة الرومانية بدأ القانون الكنسي في الازدهار، ولا سيما في العصور الوسطى، ولكن حينما استعادت السلطات المدنية قوتها ونفوذها انكمشت دائرة تطبيقه.

وفي الواقع لم يكن للمسيحية أثر كبير في القانون الروماني باستثناء أثرها على تطوير نظم الأسرة، وبعض قواعد جديدة مثل التعادل بين الالتزامات، وذلك لأنَّ القانون الروماني كان ناضجاً إلى حد بعيد، وإنَّ الدين المسيحي لا يتعرض للمبادىء القانونية بل اقتصر على المبادىء الروحية والخلقية فقد ورد في إنجيل لوقا (١٢: ١٣) أنَّ المسيح عليه السلام رفض أن يقوم بدور القاضي حينما جاءه شخص يلتمس منه الحكم.

انظر في تفاصيل ذلك: الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون ص (٢٤٧ ـ ٢٥٧)، والوجيز ص (١٦٦)؛ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ (١/٤١، ٣١٧)؛ والدكتور سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ص (٢٣٨)؛ والأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي، مبادىء القانون الروماني، ط. ١٩٥٢، القاهرة ص (٣٢٤ ـ ٣٢٥).

وراجع: Momsen, Le Droit Pènal Romain, Trad. Franc., Paris 1907, T. II, P. 400 - 414

العهود والنذور والأيمان، والتحاشي عن الكذب والخيانة ونحن نبحث هنا بالقدر الذي يسمح لنا بحثنا هذا أثر الكتاب المقدس عندهم وكتابات آباء الكنيسة، والمجامع الكنسية، وخطابات رجال الكنيسة، والمجموعات الكنسية على الرضائية.

أولاً: الكتاب المقدَّس حيث نص العهد القديم على وجوب الوفاء بالنذور واليمين[١] وكذلك على الابتعاد عن الكذب[٢]، وكذلك العهد الجديد حيث زاد على ذلك بأنَّ حرض على الابتعاد عن الأيمان خوفاً من الحنث[٣].

ثانياً: آباء الكنيسة حيث لم يألوا جهداً طيلة القرون السبعة الأولى للمسيحية في التأكيد على الوفاء بالعهود، وكان أوَّل من نادى بضرورة احترام التعهد، والاتفاق المجرد دون حاجة إلى اليمين هو الأسقف اليوناني (Clèment d'Alexandre)، حيث انتهى إلى أنَّ أساس احترام التعهد هو ضرورة تحاشي الكذب الذي يعتبر خطيئة من وجهة نظر الدين المسيحي[٤]، وقد عمق هذا المعنى الأسقف اللاتيني (St. Ambroise)[٥] حيث قضى بإلزام كل من يتعهد للغير بتنفيذه إلاَّ إذا كان المعقود عليه

---

(١) الكتاب المقدس العهد القديم ط. دار الكتاب المقدس، القاهرة. سفر العدد، الإصحاح ٣٠ فقرة ٣، وسفر التثنية، الإصحاح ٢٣ فقرة ٢١.

(٢) المزامير: المزمور ١٢ الفقرة ٣٢.

(٣) الإصحاح الخامس من إنجيل متَّى فقرة (٣٣ ـ ٣٧) حيث نص على أنَّ المسيح على نبينا وعليه الصلاة والسلام قال في موعظته على الجبل:

«. . . سمعتم أنَّه قيل للقدماء: لا تحنث، بل أوف للرب أقسامك وأمَّا أنا فأقول لكم: لا تحلفوا البتة. . .».

(٤) انظر:

Clement d'Alexandre: Stromata Dans Die Griechi - Scher Christlicher Schriftseller Der Enster Drei Johahanderte 17 Clemens Alcxandrinus, Leip Zia, 1909 P. 38.

المشار إليه في:

Spies: De Pobservation Des Simples Convetions En Droit Canonique, Thèse Nancy 1928 P. 10.

وراجع الدكتور السنهوري المرجع السابق ص (٣٨/١)؛ والدكتور عادل بسيوني، المصدر السابق ص (٢١٠).

(٥) تقلد هذا الأسقف مناصب سياسية ثمَّ دينية حيث كان محافظاً لإحدى الولايات ثمَّ أسقفاً لمدينة ميلانو وكان متشبعاً بالثقافة اليونانية.

انظر: المصادر السابقة نفسها.

شيئاً غير مشروع، كما يرى أنَّ كل تعهد، أو اتفاق يقوم على أسس ثلاثة، وهي الثقة المستقرة، واحترام التعهد، والعدالة المجردة، ثمَّ ذكر لنا تطبيقين لفكرة احترام الاتفاق المجرد وهما:

١ ـ أنَّ أمير مقاطعة (Calaad)، قد نفذ نذره على الرغم من أنَّ ضحية نذره كانت ابنته.

٢ ـ وأنَّ شخصاً محكوماً عليه بالإعدام قد طلب رؤية ذويه وقدم كفيلاً عنه، وفعلاً سمح له بزيارة أهله ثمَّ عاد بعد ذلك احتراماً للاتفاق المجرد(١): وذكر الأسقف (Jean Cassier)(٢) ـ (٣٦٥ ـ ٤٤٠ م) وهو من أشهر كتاب القرن الخامس ـ سببين لاحترام التعهد وهما أنَّ عدم تنفيـذه كذب، وأنَّ من لا ينفذ تعهده يعطي قدوة سيئة للآخرين، وكان آباء الكنيسة في دعوتهم إلى احترام التعهد متأثرين بالفلسفة اليونانية(٣) بالإضافة إلى كتابهم المقدَّس، واستمروا يرددون ضرورة احترام الفرد تعهداته إلى أن جاء سان توما الأكويني (١٢٢٢ م ـ ١٢٧٤ م) الذي تكلَّم عن الشكلية لكن دون انتقادها، وذكر الفرق بين القانون وبين مقتضيات العدالة حيث لا يعترف الأول بالاتفاق المجرد إلَّا إذا أخذ أحد الأشكال المعهودة، في حين أنَّ مقتضيات العدالة التي تعد جزءاً من الأخلاق هي احترام التعهد وإن كان مجرداً عن الشكل، ثمَّ نادى بضرورة احترام الإرادة بناء على فكرة أن من لم ينفذ تعهده المشروع فقد ارتكب كذباً(٤).

ونلاحظ أنَّ كتابات هؤلاء الكنسيين لم تكن لها صبغة رسمية.

ثالثاً ـ قرارات المجامع الكنسية(٥):

تعتبر قرارات المجامع الكنسية مصدراً رئيسياً للقانون الكنسي فقد قرر مجمع طليطلة عام (٦٣٣ م) احترام الاتفاق المجرد الذي تمَّ بين أحد الأساقفة وشخص على

---

(١) انظر: (Spies) المرجع السابق ص (١١)؛ ود. عـادل، المصدر السابق ص (٢١١).

(٢) انظر: كتابه المشار إليه في د. عادل بسيوني، المصدر السابق ص (٢١٢).

(٣) الدكتور محمود السقا، أثر الفلسفة اليونانية على الفقه والقانون الروماني بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بمصر سنة ١٩٤١، الأعداد ٣، ٤ ص (٢٨...).

(٤) انظر:

Summa Theologica 115, 88.

وراجع: د. عادل بسيوني ص (٢١٣).

(٥) وهي هيئة مؤقتة تنعقد لغرض معين وقد جرت العادة أن يتولى الأباطرة ـ أي ملوك الرومان ـ دعوة =

أن يقوم الأخير ببعض اصلاحات في الكنيسة مقابل مبلغ معين غير أنَّ الأسقف لم يحترم تعهده فقرر المجمع في قراره المرقم (٣٦) إلزامه بدفع المبلغ المتفق عليه للعامل[١].

رابعاً: خطابات الكرسي:

وقد صدرت عدَّة خطابات من الكرسي البابوي بصدد حالات فردية يتبين من مجموعها الاتجاه العام نحو احترام الإرادة، منها خطاب من البابا (Grègoire Le

---

= المجامع الكنسية للانعقاد، وفي مقابل إعطاء الكنيسة هذا الحق للإمبراطور فإنَّ مجامع الكنيسة كانت تطالبه بأن يتكفل هو بإصدار قراراتها في صورة قوانين تصدر من الدولة، مثل ما حصل أيام قسطنطين حيث دعى إلى انعقاد مجلس (Aries) عام ٣٢٤ م ومجلس (Nicèe) عام ٣٢٥ م. ومجمع القسطنطينية الذي انعقد تحت إشراف تيودور الأول الذي أصدر قراراته في صورة دستور في ٣٠ يوليو سنة ٣٨١ م راجع في ذلك:

Gaudement: La Formation Du Droit Sèculier Et Du Droit De Paris, 1957.

وقد حاول (Lambert) في كتابه:

Fonction Du Droit Civil Comparè, Paris, 1903. P. 330.

أن يقرب بين المجامع الكنسية والإجماع في الفقه الإسلامي. غير أنَّ هذا التقريب أو التشبيه بعيد عن الصواب حيث إنَّ الإجماع هو اتفاق مجتهدي الأمة في عصر معين على حكم حادثة معينة. فهو بهذا التكييف يختلف تماماً عن المجامع الكنسية حيث لا يشترط في الإجماع جمع الدولة المجتهدين، ولا كونهم معينين من قبل الدولة، كما أنَّ قرارات مجموعة لا تعتبر إجماعاً ما دام هناك مجتهد لم يوافق عليه.

راجع: المستصفى للغزالي ط. الأميرية ببولاق، مصر سنة ١٣٢٢ هـ (١٧٣/١٠٠٠)؛ وفواتح الرحموت بهامش المستصفى (٢١١/٢)؛ والتلويح على التوضيح للتفتازاني، ط. محمد علي صبيح بمصر (٨١/٢)؛ وإرشاد الفحول، ط. مصطفى الحلبي ١٣٥٦هـ ص (٧١)؛ وفتح الغفار لابن نجيم، ط. مصطفى الحلبي ١٣٥٥هـ (٣/٢)؛ والمنهاج للبيضاوي مع شرح الأسنوي، ط: محمد علي صبيح بمصر (٣٠٥/٢ ـ ٣١٠)؛ والغاية القصوى للبيضاوي بتحقيقنا، ط. دار الإصلاح (١٨٠/١)؛ وروضة الناظر لابن قدامة، ط. السلفية ١٣٣٢ هـ ص (٧٣)؛ والإحكام للآمدي، ط. محمد علي صبيح (٣٦١/١)؛ وجمع الجوامع لابن السبكي، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر (١٧٦/٢)؛ والإحكام لابن حزم، ط. مكتبة عاطف بمصر (٧٠٥/٤).

(١) وقد أشار جراتيان إلى هذا القرار في مرسومه، وانظر في هذا الصدد:

Premier Concile De Carthage C.12 Dans Le C.1 ,X I 25 De Pactis Corpus Juris Canonica, Leipzig, 1879, Col 203.

Grand) عام (٦٠٠ م) إلى أسقف إقليم سردينيا يطلب منه التدخل لإرغام الأغنياء تنفيذ تعهداتهم للفقراء[١]. ومنها خطاب من الباب (Lucius) الثالث عام (١١٨١ ـ ١١٨٤م) بخصوص أنَّ اثنين من رجال الكنيسة اقترضا مبلغاً من المال أحدهما بموجب تعهد بسيط، والآخر بموجب يمين تعهدية وقد كفلها شخص ثالث، وعندما حلَّ الأجل، لم يستطيعا الوفاء فقام الكفيل بالوفاء على أن يرجع عليهما. فلما طالبهما لم ينفذا تعهدهما، فطلب الكفيل من البابا الأمر بالوفاء فأمر بحثهما على الوفاء، وهددهما بعدم صرف مكافأتهما في حالة عدم احترامهما لليمين أو التعهد[٢]. فقد سوى البابا من حيث القوَّة الملزمة للعقد بين اليمين التعهدية والاتفاق البسيط[٣].

هذا وقد جمعت القرارات الصادرة عن الكرسي البابوي والمجامع الكنسية في صورة مجموعات اشتهرت بالمجموعات الكنسية وأهمها مرسوم جراتيان (Gratien)[٤]، بين عامي (١١٤٠ ـ ١١٥١ م) وقد تضمن كثيراً من نصوص المجامع مثل القرار الصادر عن مجمع طليطلة ـ السابق ذكره ـ وخطابات الآباء مثل خطاب البابا جريجوار (السابق

(١) وقد أدخل هذا الخطاب في مجموعة مراسيم جريجوار التاسع في الكتاب الأول تحت عنوان (De Pactis) انظر:

Monier: Études de droit byzanhn dans la N.R.H. du droit Français et étranger, 1900, P. 82.

وراجع د. عادل المرجع السابق ص (٢١٧).

(٢) انظر:

Corpus Juris Canonici II Col. 530

(٣) د. عادل المرجع السابق ص (٢١٨ ـ ٢١٩).

(٤) اشتهرت المجموعة باسمه وكان يعمل في التدريس بجامعة بولونيا ويعتبر مؤلفه هذا أوَّل مؤلف في القانون الكنسي حيث اتبع فيه أسلوب التقنينات (Codes) أي صياغة القواعد القانونية في صورة مواد. ومرسومه أو مؤلفه هذا يحتوي على ثلاثة أجزاء خصص الجزء الأول للتعريف بالقانون الكنسي ورجال الكنيسة، وجعل الجزء الثاني خاصاً بالأحكام وتكلم في الثالث عن المقدسات. وكان أساساً لتعليم القانون الكنسي في بولونيا وباريس.

انظر:

Durmand: Histoire Du Droit Canonique, Dijon, 1770, P. 223.

و د. عادل المصدر السابق ص (٢٢٠).

ذكره)[1] ومع كل ذلك فإنَّ هذه المجموعات الكنسية لم تأت لنا بشيء جديد بالنسبة للقوَّة الملزمة للاتفاق المجرد حيث حصرت نفسها في دائرة الأخلاق، ولم يستطع جامعوها التجرأ على القول بأنَّ الاتفاق المجرد يولد التزاماً قانونياً يحمى بواسطة الدعوى، فعلى هذا نستطيع القول بأنَّ تأثير هذه المجموعات على دور سلطان الإرادة في نطاق القانون لم يكن بالكبير إلى ما قبل القرن الثاني عشر الميلادي[2].

المرحلة الرابعة: الانتقال بمبدأ الرضائية من عالم الأخلاق إلى عالم القانون

وقد قام الفقهاء الكنسيون منذ القرن الثاني عشر الميلادي بعدَّة محاولات لنقل احترام التعهدات من مصاف الأخلاق إلى مصاف القانون[3]. وكان أوَّل من قام بهذه المحاولة ـ حسب علمنا ـ هو (Huguccio) عام (١١٧٨ م ـ ١١٨٧ م) حيث انبرى لبلورة الواجب الخلقي الذي يفرض على الإنسان أن يحترم تعهده في صورة إلزام قانوني يحميه القضاء الكنسي وذلك بتوقيع عقوبات دينية قد تصل إلى حد الطرد من رحمة الكنيسة على من لم يوف بتعهده وإن كان هذا الجزاء غير متسم بالشمول حيث لا يكفل بالتنفيذ الجبري وإنَّما هو مجرد وسيلة للضغط على المدين، لأنَّه بإمكانه أن لا ينفذ تعهده على الرغم من تهديد الكنيسة له بالحرمان[4]، كما أنَّ هذا الإجراء لا يعم غير المعتنقين للديانة المسيحية. وكان يرى مستنداً على قرار مجمع طليطلة ـ السابق ـ أنَّ الوعد لا يحتاج إلى أن يصب في قالب الاشتراط الشفوي، بل يكتفى به إذا أخذ صورة اتفاق مجرد[5] وقام (Bernard De Pavie) (١١٩٨ م ـ ١٢١٣ م) من خلال مجموعته الأولى[6] بمحاولة ثانية لصياغة المبدأ الأخلاقي المتعلق باحترام الاتفاق

---

(١) انظر (Spies) المرجع السابق ص (٣٣).

(٢) د. عادل بسيوني، المرجع السابق ص (٢٢٢).

(٣) الدكتور عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، ط. القاهرة ١٩٥٥ ص (٣٩).

(٤) انظر:

Esmein: Le Serment Promissoire Dans Le Droit Canonique N.R. H. Du Droit Français Et Etranger, 1880, P. 261.

(٥) انظر:

Giffard: Les Obligations, P. 167.

والمراجع السابقة.

(٦) كان لمجموعته هذه أهمية كبيرة حيث كانت تحوي كثيراً من المنشورات وقرارات المجامع الكنسية =

المجرد في صورة مبدأ قانوني وأكّد على ضرورة مراعاة تنفيذ الاتفاق لكنّه ظلّ صامتاً إزاء الوسيلة التي يحمى بها الاتفاق: أهي الدعوى أم الدفع؟[1] واستمر الأمر كذلك إلى بزوغ القرن الثالث عشر الميلادي حيث دخل مبدأ سلطان الإرادة مرحلة جديدة تتسم بالوضوح والتحديد فتبنى فقهاء الكنيسة منذ ذلك الوقت حماية الاتفاق المجرد ورتبوا عليه الآثار القانونية غير أنّهم اختلفوا في نوعية وسيلة الحماية على رأيين:

رأي تبناه (Johannes Teutencius)[2] وهو حماية الاتفاق المجرد بواسطة الدعوى وذلك عام (١٢١٢ م) حيث قرّر لأول مرة أنّ الاتفاق المجرد يولد الدعوى[3]. والرأي الآخر تبناه (Innocent IV)[4] الذي يقرر وسيلة الاعتراف الكنسي للحماية وهي تستهدف اعتراف المخطيء بخطئه وتعويض المضرور[5] وهي وسيلة غير مجدية إلى

= التي لم يذكرها مرسوم جراتيان بالإضافة إلى قواعد عامة، وكانت تدرس في بولونيا، وكانت تتكون من خمسة كتب: الأول عن مصادر وتدرج الوظائف الكنسية، والثاني عن النظام القضائي، والثالث عن رجال الكنيسة، والرابع عن الزواج، والخامس عن المسائل الجنائية، وقد كانت هذه المجموعة متأثرة إلى حد بعيد بالقانون الروماني.

انظر:

Guit Rancourt: Intre Duction A Pètude Du Droit Cononique, Paris, 1963, P. 752.

وراجع: د. عادل بسيوني، المصدر السابق ص (٢٢٤).

(١) المصادر السابقة.

(٢) وهو أول من نادى بالدعوى كوسيلة لحماية الاتفاق المجرد، وله مؤلفات من أهمها: المجموعة الرابعة (Compilatio Quatra) التي صدرت عام (١٢١٥ م) وكانت تتألف من حوالي (١٨٩) فصلاً.

انظر: د. عادل المرجع السابق ص (٢٢٩) ومصادره المشار إليها.

(٣) انظر:

Capitant: De la Cause Des Obligations, Paris, 1923, P. 126.

(٤) وهو من أشهر فقهاء القانون الكنسي في القرن الثالث عشر، وكان له عدّة مؤلفات وكان يرى أنّ السلطتين الزمنية والدينية يجب أن تكونا في يد الكنيسة، ويتمتع بنفوذ كبير حتى استطاع أن يجمع مجلس ليون عام (١٢٤٥ م) ويقرر بناء على توصيته استبعاد الإمبراطور (Frederic II).

انظر في هذا الصدد:

Sarten: Introduction To The History, V. 11. P. 11. P. 690.

(٥) Esmein ص (٢٦١).

حد ما ـ كما سبق ـ. ولهذا فالرأي الأول سديد وقد أتى بشيء جديد حيث وضع الجزاء المدني مكان الجزاء الديني، وأصبحت الدعوى على ضوئه تجبر المتعهد على التنفيذ وقد تحمس لهذهِ الفكرة كثيرون ممن جاء بعده منهم (Bernard De Parme) عام (١٢٦٦ م) فقرر هذه القاعدة، ثمَّ أكَّد على ضرورة كون الإرادة سليمة ولذلك استثنى من هذه القاعدة بعض حالات أخذ بعضها من القانون الروماني كحالة التدليس، والبعض الآخر من العدالة والأخلاق كحالة الاتفاق الذي يسبب ضرراً أو المنافي للأخلاق وقد استند في تقرير إلزامية الاتفاق إلى نصوص ووقائع تدل على ما ذهب إليه منها واقعة قرر فيها البابا صحتها احتراماً لإرادة المتوفاة[١]، ويلاحظ على (برنارد) أنَّه قصر هذا المبدأ على رجال الكنيسة أو كان أحدهم طرفاً في الدعوى وإن كان الطرف الآخر من غيرهم، أمَّا ما سواهم فهم خاضعون للقانون الروماني.

وقد اعتمد (Hostinsis) (١٢٧١ م) في حماية الاتفاق المجرد بالدعوى على فكرة العدالة الطبيعية بالإضافة إلى الجانب التقليدي وهو تحاشي الكذب الذي يعتبر خطيئة كما استند في ذلك على نص البيانوس الخاص بالتعليق على منشور البريتور الذي وعد بحماية الاتفاق المجرد فقال البيانوس: أنَّ البريتور في منشوره هذا قد استند على مقتضيات العدالة وحسن النية[٢].

وظلَّ الأمر كذلك إلى أن أصبحت القاعدة السائدة التي تبناها معظم فقهاء القانون الكنسي في القرن الرابع عشر الميلادي هي أنَّ الاتفاق المجرد يولد الدعوى حيث ذكر (Guydebase) عام (١٣١٣ م) بعض حالات لعقد العمل وقارن فيها بين موقف كل من القانون الروماني، والقانون الكنسي وقرر بأنَّ القانون الكنسي يعطي الحق للعامل بمطالبة أجره بمجرد الاتفاق المجرد[٣].

ولم يقتصر الأمر على الكنسيين بل تأثر بهم بعض فقهاء القانون الروماني منهم:

---

(١) انظر كتاب برنارد في القانون الكنسي، ط. ١٦٧١م فقرة ٤٣٩ المشار إليه في د. عادل المرجع السابق ص (٢٣١ ـ ٢٣٢).
انظر:

Vacant: Dictionnaire De Thèologie, Paris, 1899, P. 25.

(٢) انظر: (Spies) المرجع السابق، ص (٥٦ ـ ٥٧)؛ والأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، ص (٩٠).

(٣) انظر: المصادر السابقة، و د. عادل، المرجع السابق ص (٢٤٠).

(Balabus De Ubaledis) (١٣٢٧ ـ ١٤٠٠ م) فذكر أنَّ الاتفاق المجرد يولد الدعوى بشرط أن يكون له سبب، وبنى ذلك على فكرة الضمير (Conscience) وعرفه بأنَّه رغبة النفس العاقلة في كبح جماح الشهوة، وطبق هذه القاعدة على بعض العقود كالقسمة ولكنه لم يطبقها على عقود أخرى مثل الكفالة، والعقود غير المسماة، وبرهن على وجود سلطان الإرادة في القانون الروماني بعدَّة أدلة منها اشتراط وجود سبب صحيح، وعدم اشتراط حضور الأطراف[١]. غير أنَّ هذه الفكرة قد تعرضت لعاصفة فقهية في القرن الخامس عشر الميلادي من قبل بعض فقهاء القانون الروماني[٢]، وبرهنوا على أنَّ الاتفاق المجرد لا يحمي بالدعوى على عدَّة أمور منها: عدم شرعية الأساس الذي بني عليه، حيث إنَّ البابا لا يستطيع أن يجعل نفسه مشرعاً في المسائل المدنية، ولا أن يشرع لغير المتدينين أو يحكمهم طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطة الدينية، والسلطة الدنيوية، فضلاً عن أنَّ الأمور التي فصل فيها البابا كانت خاصة برجال الدين دون عامة الشعب، حيث كانت قواعد القانون الروماني تطبق عليهم أي أنَّ القانون المدني هو وحده يستطيع منح الدعوى، أمَّا القانون الكنسي ـ وهو خاص برجال الدين ـ فليس من صلاحيته منح هذا الحق[٣]. لكن هذه العاصفة سرعان ما خفَّت حدَّتها حينما تصدى لها (Panormatinus) (١٤٥٣ م) وبيَّن بأن هذه الدعوى غير صحيحة حيث أجاز القانون الكنسي لغير المسيحيين اللجوء إلى القضاء الكنسي، كما أن حكم البابا وإن كان لنزاعات الأساقفة لكنه لا يدل على حصر الحكم فيهم[٤]. وقد ناصر هذا الرأي جانب كبير من الفقه في القرن الخامس عشر الميلادي، وبذلك نجح القانون الكنسي بعد

---

(١) انظر:

Bulbus De Ubalebis: Lectura Super Les primos Libros Decretzlium, Lyon 1554 Ad, C. 1640 - 10.

المشار إليه في د. عادل، المرجع السابق ص (٢٤٢).

(٢) منهم: François De Zabarelle (١٣٣٥ ـ ١٤١٧ م) و (Jean D'inda) (ت ١٤٣٦ م) في كتابه:

Johannes De J. Superl, II, A 41 Libre Decretalium Commentaria, Lyon 1549, CI, XI , 35.

المشار إليه في د. عادل، المرجع السابق ص (٢٤٦).

(٣) انظر المرجع السابق ص (٦) والمصادر السابقة.

(٤) انظر:

Commentaria In Quinque libros Decretaliu, Lyon 1586 And C, I, X 35 No. 3.

هذه المحاولات إلى إرساء مبدأ سلطان الإرادة، وصياغة قاعدة قيام العقد على أساس مبدأ الإرادة[1].

الخلاصة

إنَّ القانون الكنسي قد بنى احترام الاتفاق المجرد على فكرة اليمين[2] التعهدية واعتبار الحنث والكذب خطيئة دينية، وقد بقيت هذه الفكرة محصورة في إطار الأخلاق ـ كما هو الأصل في الدين المسيحي ـ دون الظهور إلى عالم القانون، وفي مرحلة تالية بدأت الكنيسة تهتم بالنتائج المادية المرتبطة باليمين، ثمَّ بعد فترة ليست وجيزة تدخلت في تنظيم الاتفاقات بين رجال الدين المسيحي، وكانت الحماية لها في البداية تتمثل في الزواجر الدينية، ثمَّ العقاب بالطرد من رحمة الكنيسة، ثم توسع مفهوم القانون الكنسي ليشمل غير رجال الدين في بداية القرن الثالث عشر الميلادي وليصل إلى حماية مدنية للاتفاقات المجردة، ولم يسلم للقانون الكنسي شموليته لغير المسيحيين كثير من الفقهاء الرومان ـ كما سبق ـ حتى فيما بعد القرن الثالث عشر إلى القرن الخامس عشر الميلادي، ثمَّ ازدهرت الرضائية وأصبح مبدأ سلطان الإرادة هو السائد اعتباراً من القرن السادس عشر الذي تميز بنهضة علمية جديدة قامت على أساس دراسة القانون الروماني من الناحية العلمية والتأريخية التي شملت كل مخلفات الرومان والحضارات ـ الإغريقية وغيرها، كما شملت مختلف فروع العلم، وكان للفقيهين الفرنسيين دوما (Domat) (١٦٢٥ م ـ ١٦٩٦ م) وبوتيه (Pothier) (١٦٩٩ م ـ ١٧٧٢ م) دور كبير في إبراز هذا المبدأ من خلال مؤلفاتهما الكثيرة[3].

سبب هذا البطء:

فعلى ضوء ما سبق أنَّ مبدأ سلطان الإرادة ـ كمبدأ عام له حماية مدنية ـ لم يستقر

---

(١) راجع في ذلك: د. عادل، المرجع السابق ص (٢٤٩).

(٢) أي اليمين بالله تعالى، أو بالإنجيل أو بالصليب، أو المذبح أو رفات القديسين!!.

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز ص (٢٠٠ ـ ٢٠١)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص (٤٠).

وراجع:

Gino Gorlo: Le Rolede Volonte Danx La premesse Commeacte Juridique, P. 17.

المنشور في مجلة الحقوق والدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق بالإسكندرية السنة السادسة (١٩٥٢ م ـ ١٩٥٤ م).

حتى في القانون الكنسي إلاَّ في القرن الخامس عشر الميلادي، فقد احتاج القانون الكنسي في تقرير هذا المبدأ والانتقال بالرضائية من إطار الأخلاق إلى إطار القانون وترتيب الآثار المدنية على التعهد، وشمول قواعد القانون الكنسي لغير رجال الدين. . إلى خمسة عشر قرناً. وهنا يثور التساؤل حول هذا البطء؟ ما السبب وراء ذلك؟

السبب في ذلك يعود ـ في نظرنا ـ إلى جوهر الدين المسيحي القائم على معالجة الناحية الخلقية والروحية فقط حتى أصبح شعاره، والمبدأ السائد فيه هو: «ردوا ما لله لله، وما لقيصر لقيصر» وفصل الدين عن الدولة، ولذلك لم تتبلور الحماية القانونية للاتفاق إلاَّ بفضل البابا (Innocent IV) الذي نادى في عام (١٢٤٥ م) بأن تكون السلطة الزمنية، والسلطة الدينية بيد الكنيسة[١].

ولذلك نرى أنَّ الإسلام لما كان ديناً ودولة[٢]، قرر منذ نزوله وجوب الوفاء بما يلتزم به الإنسان، وأنَّ الدولة الإسلامية تحمي ذلك بكل وسيلة مشروعة قال تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إنَّ العهدَ كان مسؤلاً ﴾[٣] وأنَّ العقوبة في الإسلام لا تنحصر في العقاب يوم القيامة بل تشمل الدنيا أيضاً قال الله تعالى: ﴿لهم في الدنيا خزيٌ ولهم في الآخرة عذابٌ عظيم﴾[٤].

ومن هنا يحق للمرء أن يتساءل: كيف دخلت الحماية القانونية للاتفاق إلى القانون الكنسي المقتبس من الدين المسيحي الذي اقتصر دوره على تصفية الجانب الروحي، وعدم تعرضه للقانون؟!![٥].

ومما يؤكد هذا التساؤل أنَّ إنجيل لوقا نص على أنَّ المسيح عليه السلام رفض أن يقوم بدور القاضي حينما جاءه شخص يلتمس منه أن يأمر أخاه بمقاسمته الميراث قائلاً: «يا إنسان! من أقامني عليكما قاضياً أو قاسماً؟!»[٦]. كما أنَّ الكتاب الكنسيين

---

(١) انظر: (Sarton) المرجع السابق ص (٦٩٠) والمصادر السابقة.

(٢) يقول الإمام حجة الإسلام الغزالي: «الدين والملك توأمان، فالدين أصل، والسلطان حارس. . .» إحياء علوم الدين ط. عيسى البابي الحلبي (١/١٨).

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٤) سورة البقرة: الآية ١١٤.

(٥) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون ص (٢٤٨)؛ ود. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ص (٢٣٨).

(٦) إنجيل لوقا الإصحاح (١٢ : ١٣).

ظلوا طيلة القرون الأربعة الأولى للميلاد يحرمون التجارة لأجل الربح والكسب فقد قال (Chrystomos) (ت ٣٤٧ م): «. . . ولكن الشخص الذي يشتري شيئاً بقصد أن يكسب من بيعه ثانية دون أن يحدث تغييراً فيه، بل كما اشتراه، فهذا الشخص يكون أحد المشترين أو البائعين المنبوذين من معبد الله»[١]. وظلَّ هذا المفهوم سائداً حتى في القرن الثاني عشر فهذا سان توما الأكويني يقرر بأنَّ التجارة عمل مرذول[٢] ولا سيما أنَّ التجارة كانت قد ارتبطت بمشكلة الربا، وأنَّ حرية التجارة تعني في ذلك الوقت حرية الحصول على الربا وهو خطيئة كبيرة في نظر الكنيسة، حيث توقع محاكمها أشد العقوبات على من اقترف الربا[٣]. وبقيت نظرة الكنسيين إلى التجارة نظرة يشوبها التحقير والاشمئزاز باعتبارها عملاً دنيوياً إلى أن استقر المسلمون في الأندلس، ودخل معهم النظام الإسلامي في المال والاقتصاد، ومن ضمنه شركة المضاربة، فازدهرت معهم التجارة، ونشطت حركة التعامل عبر البحر الأبيض المتوسط الذي أصبح بحيرة إسلامية، فأدَّى ذلك إلى تغيير موقف الكنيسة من التجارة حتى اضطرت تحت ضغوط رعاياها والظروف الاقتصادية الصعبة إلى أن تقبل المكاسب، والفوائد التجارية، بل أباحت لرعاياها استثمار أموالهم، وأكثر من ذلك قامت هي باستغلال ثرواتها والإفادة من فوائدها فقد اعترف البابا أنوسنت الثالث بهذا النظام الجديد وأجاز في عام (١٢٠٦ م) أن تستثمر الزوجة بائنتها[٤] على هذا النحو[٥]. فقد ثار خلاف كبير وجدل عنيف حول مصدر هذه الأفكار القانونية ـ ومن بينها مبدأ سلطان الإرادة ـ التي تسربت إلى القانون الكنسي الذي لم

---

(١) انظر:

Blakevery: Every man's Smaller Classical Dict, P. 144.

المشار إليه في د. عادل بسيوني، المصدر السابق ص (٨٦).

(٢) انظر: ج. ج كولتون، عالم العصور الوسطى في النظم والحضارة، ترجمة د. جوزيف يوسف، ط. ١٩٦٧ ص (٢٨٩).

(٣) راجع: إنجيل لوقا الإصحاح (٦: ٣٥).

(٤) البائنة غير المهر، وهي مال تتعهد به الزوجة أو أقاربها أو غيرهم عنها بدفعه إلى الزوج مساهمة منها في تحمل أعباء المعيشة المشتركة.

انظر: د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص (٣٠٠).

(٥) انظر: المصادر السابقة، وعز العرب فؤاد، الربا بين الاقتصاد والدين، ط. القاهرة ١٩٦٢، ص (١٥).

يكن في الأصل إلّا مواعظ وإرشادات خلقية، ولذلك ليس أمام الباحث إلّا اللجوء إلى عرض الآراء ومناقشتها بإيجاز ليصل إلى حيث ما ترسو عليه الحقيقة.

فقد ذهب فريق من الشراح إلى أنَّ مصدر هذه الأفكار القانونية للقانون الكنسي هو القانون الروماني[١] ودعموا رأيهم بأنَّ القانون الكنسي قام على أعتاب القانون الروماني، وذلك لأنَّ التنظيم الإداري الذي استحدثه الأساقفة نتيجة لاضطهاد الرومان لهم في البداية كان مقتبساً بالاتفاق من التنظيم الإداري الروماني[٢]. كما إنَّ رجال الكنيسة قد خضعوا لتأثير كبير لأفكار الفلسفة الإغريقية التي تأثر بها القانون الروماني كمبدأ العدالة، وحسن النية[٣] فلا ينكر أحد ذلك الدور الذي لعبه القانون الروماني في تكوين وبلورة قواعد القانون الكنسي، ونقل هذه الأفكار إلى القانون الكنسي[٤]. فلا يخفى أنَّ الكنسيين قد عرفوا فكرة العدالة حيث أشار إليها (Honorius) قبل مرسوم جراتيان الصادر بين عامي (١١٤٠ م - ١١٥١ م) وأيضاً إنَّ القانون الكنسي يتضمن نصوصاً مبنية على فكرة العدالة منها القانون الكنسي المرقم (٣١٥٦) حيث نص على إمكانية مد أجل الاستئناف ستة أشهر «طبقاً لقواعد العدالة» والقانون المرقم (١٨٧٣) بخصوص تخفيض مبلغ التعويض «طبقاً للعدالة»، كما تبنى الكنسيون نظرية الظروف الطارئة على فكرة العدالة وهذه الفكرة قد تناولها فلاسفة الإغريق بالشرح والتفصيل[٦]

---

(١) انظر (Spies) المرجع السابق ص (١٢٠ وما بعدها) و:

Lebras, Le Febvre, Rembau: Histoire Du Droit Et Des Instituticrs De Pèglise, Paris, 1965, P. 314.

و د. عادل بسيوني، المرجع السابق، ص (٢٥٣).

(٢) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٢٥٠).

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (١٦٦).

(٤) د. عادل، المرجع السابق، ص (٢٥٣).

(٥) انظر:

Ripert, Larègle Morale Dons Les Obligations Civiles Paris, 1935, P. 40.

و د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٣٤٣)؛ و د. عادل بسيوني، المرجع السابق، ص (٢٥٧)، ورسالته للدكتوراة بحقوق القاهرة سنة ١٩٧٦ بعنوان، سلطان الإرادة في العصر الوسيط.

(٦) راجع في تفصيل ذلك. د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٣٢٥ - ٣٣٦)؛ والدكتور محمود السقا، أثر الفلسفة اليونانية على الفقه والقانون الروماني، ص (١٨٦)؛ وعلي =

وتأثر بهم فقهاء الرومان حتى أنَّ تعريف أرسطو للعدالة(1) قد اختاره أولبيانوس ثمَّ انتقل بعينه إلى مجموعة جوستنيان(2).

فعلى ضوء هذا أنَّ فكرة العدالة وغيرها من الأفكار القانونية التي انتقلت من القانون الروماني إلى الكنسيين هي التي دفعتهم إلى تقرير مبدأ سلطان الإرادة وإنشاء حماية قانونية له(3).

غير أنَّ هذا الرأي يصطدم بحقيقة لا يمكن إنكارها وهي أنَّ القانون الروماني نفسه لم يصل إلى تقرير مبدأ سلطان الإرادة طيلة مراحل تطوره، بل إنَّه ظلَّ يردد القاعدة الشكلية حتى بعد ما وصل إلى هذا المبدأ القانون الكنسي ردحاً من الزمن فكيف يمكن القول بالتأثير، وفاقد الشيء لا يعطيه؟! وأيضاً إنَّ الرأي قد استقر على أنَّ القانون الروماني قد تأثر بالقانون الكنسي أو بغيره في الاعتراف بهذا المبدأ(4).

وذهب فريق آخر(5) إلى أنَّ السبب في تقرير الحماية القانونية للاتفاق المجرد

= حافظ، أساس العدالة في القانون الروماني، ط. القاهرة ١٩٥١ م ص (١٠٩).

(١) قسَّم أرسطو العدالة إلى نوعين:

١ ـ العدالة بمعناها العام وهي: توافق وانسجام بين قوى النفس: العقلية والشهوانية والغضبية بواسطة العقل. وهي بهذا المعنى ذات صلة وثيقة بالأخلاق.

٢ ـ العدالة بمعناها الخاص وهي: إرادة دائبة لوضع كل إنسان في المركز المناسب، وإعطاء كل ذي حق حقه.

ثمَّ العدالة بهذا المعنى نوعان:

١ ـ عدالة القسمة أو التوزيع وهي تتعلق بالحقوق العامة وبعلاقة الفرد بالمجتمع، أو الدولة على أساس: كل من يقدم إلى الدولة خدمات، أو منافع أكثر يستحق مزايا أكثر.

٢ ـ العدالة التبادلية وهي التعادل بين التزامات وحقوق الأفراد في المعاملات المالية التي تنشأ بينهم، أي بين ما يأخذه الفرد وبين ما يعطيه من الحقوق الخاصة.

انظر: د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص (٣٢٩ ـ ٣٣٠)؛ د. علي حافظ، المرجع السابق، ص (١٠٩).

(٢) انظر: مجموعة جوستنيان (١،١،١٠ فاتحة)، وراجع: د. صوفي، المرجع السابق، ص (٣٣٩)؛ و د. علي حافظ، المرجع السابق نفسه.

(٣) انظر (Spias) المرجع السابق، ص (١٢٠) والمصادر السابقة.

(٤) د. صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة، ص (١٥٨)، ومصادره المشار إليها.

(٥) انظر:

Lorrtèrs: Le Rôle De La Volontè Dans Les Contrats, Thèse 1944, P. 17.

لدى الكنسيين هو الدين نفسه وذلك أنَّ السلطة الدنيوية للحكام المدنيين قد ضعفت في العصور الوسطى، وبالمقابل قويت شوكة الكنيسة الكاثوليكية فبسطت نفوذها على نطاق الالتزامات، وفرضت العقاب على من لم يفِ باتفاقه.

غير أنَّ التساؤل حول وصول الكنيسة إلى تقرير هذه الحماية لا يزال قائماً، فالإجابة بما سبق لا يقنع الباحث المتجرد، فنحن لا ننكر دور القانون الروماني في النظام الإداري للقانون الكنسي، ولا دور الفلسفة الإغريقية ـ على الرغم من قلَّة تأثيرها في نطاق القانون ـ في بلورة فكرة العدالة في القانون الروماني، ومن خلاله القانون الكنسي، وإنَّما الكلام في تقرير مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ قانوني يتمتع بحماية مدنية لا بحماية دينية فحسب، فليس هناك أدنى شك بأنَّ هذا الأصل المدني الدنيوي ـ أو الحماية القانونية ـ لا يوجد في الدين المسيحي ـ كما سبق ـ كما أنَّ هذا المبدأ لا يوجد في القانون الروماني ـ كما سبق ـ فلا بدَّ إذن من البحث عن معينٍ آخر، ومصدر يتوفر فيه تقرير هذا المبدأ مع الحماية القانونية له، ولذلك ليس أمامنا إلَّا ترجيح ما ذهب إليه فريق من المؤرخين والقانونيين(٢) وهو أنَّ القانون الكنسي قد انتقل إليه هذا المبدأ من

---

(١) انظر:

Urena: La Influencia Semita En El Derecha Mediaeval De Espana, Madrid, 1898, P. 14.

وقد قطع بتأثر القانون الإسباني بالأفكار الإسلامية، ونقل عن بعض المؤرخين والقانونيين هذا الرأي.

ومن المؤيدين لتأثر القانون الغربي بما فيه القانون الكنسي في العصر الوسيط بالشريعة الإسلامية سينيت في كتابه الذي علَّق فيه على مختصر خليل بن إسحاق المالكي ص (٣٣٠)؛ وكذلك أغاخان، وزكي علي في أوروبا والإسلام، ط. بيروت ١٩٤٧ (ص ٢٩ ـ ٣٣)، و د. صوفي أبو طالب في كتابه، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، ص (٤٠) وقد نقل هؤلاء عن غيرهم من مسلمين أو غير المسلمين؛ وراجع: د. صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية ص (٨٩ ـ ٩٠، ١٥٨)، ورسالته بالفرنسية عن تبعة هلاك المبيع في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، باريس سنة ١٩٥٢. والمراجع الكثيرة التي أشار إليها فيها. د. عادل مصطفى بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، ص (٨٤ ـ ١١٤) وقد عدد فيها المجالات التي تأثر بها بعض القوانين الغربية بالشريعة الإسلامية مثل المضاربة، والمزارعة والسلطة الأبوية، ونظام الزواج والمواريث، وكذلك راجع رسالته بحقوق القاهرة بعنوان: سلطان الإرادة في العصر الوسيط، ص (١٤٩) وما بعدها؛ و د. سعيد عاشور، فضل العرب على الحضارة الأوروبية، ط. القاهرة ١٩٥٧ ص (٩) وما بعدها.

الشريعة الإسلامية التي كانت تطبق منذ القرن السابع الميلادي في أكثر بلدان العالم - بما فيها الأندلس عام (٧١١ م) - والتي كانت تدعو الى عدم الفصل بين الدين والدولة، فكل ما هو من الدين فالدولة حارسة له، والتي أقرت مبدأ الرضائية الذي انتشر بين تجار المسلمين، وتشير الحقائق التأريخية إلى أنَّ الممر الرئيسي لعبور هذه الأفكار الإسلامية إلى القانون الكنسي والغربي كان عبر الأندلس الذي استقر فيه المسلمون ثمانية قرون، وقد ازدهرت الحضارة الإسلامية فيه، وتعلم في مدارسه الكثير من الأوروبيين، كما نشطت حركة الترجمة حيث ترجم الكثير من كتب العلماء المسلمين إلى اللاتينية حتى أقام الأسقف رايمون (١١١٦ م - ١١٥٢ م) مدرسة للترجمة في طليطلة[١]. وشهد المنصفون بأنَّ الحضارة الإسلامية كانت في العصر الوسيط قد بلغت شأواً بعيداً في شتى المجالات الفكرية والقانونية، وكانت الأفكار القانونية الإسلامية قد جاوزت مرحلة النضج والاكتمال في حين كانت أوروبا تعيش آنذاك عصراً مظلماً متأخراً[٢] فعلى ضوء القاعدة الاجتماعية التي تقضي بأنَّ الحضارة الأدنى تأخذ من

---

(١) Le Carle: Le Moyen - Age Espanol, Paris 1972, P. 132 وكان أحد المترجمين في القرن الثاني عشر (Girard of Cremona) (١١١٤ م - ١١٨٧ م) الذي ذهب إلى طليطلة، وتعلَّم اللغة العربية ثمَّ بدأ بترجمة المؤلفات العربية إلى اللاتينية فترجم حوالي سبعين كتاباً من مختلف العلوم، والعالم الإيطالي (Bonocosa W.L.) والفيلسوف الإنجليزي ميخائيل أسكوت الذي الذي رحل إلى طليطلة عام (١٢١٧ م) ثمَّ ذهب إلى بولونيا عام (١٢٢٠ م) ودرس هناك، وكانت جامعات بولونيا تهتم آنذاك بدراسة القانون الروماني والقانون الكنسي.

انظر: د. سعد عاشور، أوروبا العصور الوسطى، الجزء الثاني النظم والحضارة، ط. القاهرة ١٩٦٣ ص (٥٠)، وفضل العرب على الحضارة الأوروبية، ط. القاهرة ١٩٥٧ ص (٤)؛ ود. عادل بسيوني العلاقة بين الشريعة والقوانين الأوروبية، ص (٢٢ - ٢٣).

(٢) فقد شهد أوروبا ابتداء من القرن الخامس الميلادي إلى القرن العاشر بل إلى الثاني عشر عصراً مظلماً شاع فيه الجهل والاضطراب والتعصب الأعمى في حين وصل العالم الإسلامي منذ بداية القرن السابع الميلادي مرحلة في غاية من النضج والكمال، يقول: (Drapor) في كتابه:

History Of The Intellectual Development Of Europe, 1914.

«في الوقت الذي كانت أوروبا لا تعرف إلاَّ قليلاً كان المسلمون يقومون بتهذيب العلوم، بل بالابتكار فيها، فقد كان انتصاراتهم في الفلسفة، والرياضيات، والفلك، والكيمياء، والطب أعظم من انتصاراتهم الحربية...».

ويقول: (Lecierc) Historiad De La Medicine Arabe, 1876 بعد ما ذكر حقائق عن دور المسلمين في الحضارة الغربية: «أمام هذه الحقائق يمكننا أن ندرك أية ثورة فكرية لعبتها في =

الحضارة الأرقى - يكون تأثير الشريعة في القوانين الغربية وارداً ومفهوماً[1]، فلا أحد من المنصفين ينكر أثر الحضارة الإسلامية في النهضة الحديثة، ودور صقلية في نقلها إلى الغرب، منذ أن فتحها المسلمون عام (٧١٢ م) وبقوا فيها إلى (١٠٨٥ م) حيث ازدهرت فيها الحضارة، والثقافة الإسلامية كما ونشطت فيها المذاهب الفقهية بالإضافة إلى نشاط حركة التجارة فيها، وبقيت هذه الأمور فيها بعد سقوطها في أيدي ملوك نورماند الذين لم ينكروا أهمية هذه الحضارة الإسلامية بل تبناها بعضهم مثل روجر الأول (١٠٦١ - ١١٠١ م) الذي كان يكتب مراسيمه الملكية باللغة العربية إلى جانب اللاتينية، بل إنَّ وليم الثاني (١١٦٦ - ١١٨٤ م) كان قد أقام مجلساً استشارياً من العلماء المسلمين، وأمّا فردريك الثاني الذي كان يجيد العربية إجادة تامة فقد لعب دوراً بارزاً في نشر الثقافة الإسلامية في الغرب من خلال تشجيعه الكبير لحركة الترجمة. وكذلك كانت قرطبة حيث ازدهرت فيها الحضارة الإسلامية واشتهرت بتقدم كبير في العلوم والفنون، وكذلك نشطت حركة الترجمة في اسكتلنده وإيطاليا، والبرتغال الذي أشرف ملكه (Dinis The Liberal) بنفسه على ترجمة الكتب العربية[2]، وقد أصبح شغف الأوروبيين بالثقافة الإسلامية وحبهم لتعلم اللغة العربية مثار غيرة، وحسرة من لدن بعض الأسقافة[3] وكذلك لا يخفى تأثر البابا سلفستروس الثاني (جربرت)

= الغرب حركة الترجمة من العربية إلى اللاتينية... فكانت هذه الترجمات أداة جوهرية للتقدم وانتشار العلوم العربية».

ويقول جوستاف لوبون في كتابه: La Civilisation Des Arabes, Paris, 1884 «إذا ألقينا نظرة على القرن التاسع الميلادي، والقرن العاشر نرى أنَّ الحضارة الإسلامية كانت يانعة في إسبانيا في الوقت الذي كانت مراكز الثقافة في الغرب يمتلكها سادة إقطاعيون متوحشون يفخرون بأنّهم لا يقرؤون».

وراجع في مزيد من التفصيل: د. عادل بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، ص (١٤ - ١٥)؛ والمراجع السابقة، ومونتجمري وات، فضل الإسلام على الحضارة، ترجمة حسين أحمد أمين، ط. دار الشروق ص (٤١٠٠٠).

(١) د. صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة، ص (٨٩ - ٩٠).

(٢) انظر: (Sarton) المرجع السابق المشار إليه في د. عادل، العلاقة بين الشريعة والقوانين، ص (١٦، ٨٤).

(٣) حيث قال (Alvero: Indiclun, 554): «إنَّ إخواني المسيحيين يدرسون كتب فقهاء المسلمين وفلاسفتهم لا لتفنيدها بل لتعـلم أسلوب عربي بليغ. واأسفاه! إنني لم أجد علمانياً واحداً يقبل على قراءة الكتب الدينية حتى الإنجيل، بل إنَّ الشباب المسيحي الذين يمتازون بمواهبهم الناشئة =

الذي كان له دور بارز في القرن العاشر الميلادي لنشر الثقافة في الغرب ويذهب كثير من المؤرخين إلى أنَّه كان قد تعلم اللغة العربية وزار إسبانيا[1] أيام نهضتها العلمية الإسلامية ثمَّ ذهب إلى روما وهناك أصبح مدير مدارس التعليم الكنسي وكان يدرس في مدرسة (Reims) ثمَّ اتَّجه نظره نحو السياسة وأيَّد ولي العهد (Henri) للإمبراطورية، ثمَّ شغل منصف البابوية في الفترة (٩٩٩ م إلى ١٠٠٣ م)[2] فلا أحد ينكر دور هذا البابا في النهوض بالعلوم والثقافة في عصره، فإذا كان هو متأثراً بالثقافة الإسلامية فلا يبعد أن يكون هو مع غيره من المتأثرين بها جسراً عبرت عليهم الأفكار الإسلامية إلى المدارس والجامعات في الغرب بالإضافة إلى الكتب التي ترجمت إلى اللاتينية، وإن كان كثير من الباحثين مع اعترافهم بأنَّ للترجمة دوراً كبيراً في العلوم لكنهم لم يعطوا دوراً كبيراً لها في نطاق القوانين[3] لكننا نرى بأنَّ القانون كأي علم اجتماعي آخر يتأثر تأثيراً كبيراً بالمستوى الثقافي أو الحضاري للمجتمع الذي يسوده، بل هو مرآة لما يجول بداخله، إذن فتأثير الترجمة حتى للكتب غير القانونية لا ينكر دوره وإن كان غير مباشر في نطاق القانون.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنَّ المسلمين دخلوا الأندلس عام (٩٤ هـ ٧١١ م)[4] واستمروا فيها أكثر من ثمانية قرون، فليس هناك أدنى شك أنهم تركوا

= أصبحوا لا يعرفون علماً ولا أدباً ولا لغة إلَّا العربية». وراجع: Sarton: Opt. Cit, T III, P. 109 والدكتور عادل، العلاقة بين الشريعة والقوانين، ص (٢٢)؛ ومونتجمري ص (٨٣).

(١) وهناك عدَّة وثائق تثبت ذلك.

انظر: د. عادل المرجع السابق مع مصادره المشار إليها.

(٢) انظر:

Havet: Lettres De Gerbert, Paris, 1889, P. 3.

(٣) د. عادل بسيوني، المرجع السابق، ص (٣٢).

(٤) احتلَّ الرومان الأندلس (إسبانيا) حوالي عام (٢٠٠ ق م) ثمَّ أسقط القوط الشرقيون الإمبراطورية الرومانية عام (٤٧٦ م)، فدخلوا إسبانيا عام (٥٨٥ م)، لكنهم أبقوا القانون الروماني مطبقاً على سكان البلاد الأصليين، ولما تحطمت الإمبراطورية القوطية بأيدي المسلمين لم يكن للإسبانيين قانون يحكمهم إلَّا الشريعة الإسلامية، ثمَّ لما انتصر الصليبيون على المسلمين، والدولة الإسلامية في الأندلس عام (١٢١٢ م) بدأوا بإنشاء صرح قانوني لحكم البلاد ولا سيما أنَّ مملكة قشتالة كانت تستكمل بنيانها القانوني حيث بدأ الفونس الحكيم بصياغة مجموعته من سنة (١٢٥٦ م إلى ١٢٦٣ م) وتعتبر هذه المجموعة أهم تشريع إسباني متكامل، وقد اقتبسها الفونس الحكيم من =

آثارهم على أعرافهم وعاداتهم ولا سيما أنَّ الشريعة الإسلامية يسودها مبدأ إقليمية القانون والذي بمقتضاه تطبق أحكام الشريعة على كل من يقيم في دار الإسلام إلَّا فيما سمحت لأهل الكتاب في بعض المسائل الخاصة وذلك تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾(1)، وقوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية

= مجموعة الفونس السابع (١١١٨ م)، ثمَّ عزَّز الفونس الحادي عشر هذا النشاط القانوني بمجموعته في سنة (١٣٢٨ م).

راجع في ذلك:

Ernest Leby: Elements De Droit Civil Espagnol, Paris, 1880 - 1890, P. 5.

و د. عادل، المرجع السابق، ص (٣٦، ١١٤ - ١١٦).

(1) سورة المائدة: الآية ٤٩ وقد جاءت آية أخرى تدل على أنَّ الحكم بالخيار وهي قوله تعالى: ﴿... فإن جاءوك فاحكم بينهم، أو أعرض عنهم﴾ المائدة الآية: ٤٢، فحمل الشافعي آية التخيير على الموادعين أي مثل يهود المدنية الذين وادعهم الرسول ﷺ على غير جزية، ولم يقروا بأنَّ يجري عليهم الحكم كما تدل الآية: ٤٣ من السورة نفسها: ﴿وكيف يُحَكِّمونَكَ وعندهم التوراة...﴾ وكما تدل على ذلك أسباب نزولها، وأمَّا الآية: ٤٩، فهي في أهل الذمة قال الشافعي: «وليس للإمام الخيار في أحد من المعاهدين الذين يجري الحكم إذا جاءوه في حد الله عزَّ وجلَّ بل عليه أن يقيمه وكذلك إذا أبى بعضهم على بعض ما فيه له حق عليه فأتى طالب الحق إلى الإمام يطلب حقه، فحق لازم للإمام أن يحكم له على من كان عليه حق منهم وإن لم يأته المطلوب راضياً بحكمه، وكذلك إن أظهر السخط لحكمه... ولا يجوز أن تكون دار الإسلام دار مقام لمن يمتنع من الحكم في حال... فكان ظاهر: ﴿وأنِ احكم بينهم بما أنزل الله﴾ أن يحكم بينهم» ثمَّ فرع الشافعي على هذه الآية أحكاماً فقال: «فإن جاءت امرأة تدَّعي بأنَّه طلقها... حكمتُ عليه حكمي على المسلمين... وتبطل بينهم البيوع التي تبطل بين المسلمين...».

وقال ابن العربي: «إنَّ أهل الكتاب... إن رفعوا أمرهم إلينا فلا يخلو إما أن يكون ما رفعوه ظلماً لا يجوز في شريعة كالغصب والقتل ونحوهما لم يمكن بعضهم من بعض فيه، وإن كان مما تختلف فيه الشرائع فإنَّ الإمام مخير»، والخلاصة أنَّ الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة فذهب جمهورهم: (الحنفية - ما عدا أبا حنيفة - والشافعية وأحمد في رواية والظاهرية) إلى أنَّ الشريعة الإسلامية تطبق في حقهم، وأنَّ القاضي ينفذ الحكم عليهم وهذا الرأي مروي عن ابن عباس، ومجاهد وعكرمة وذهب أبو حنيفة والمالكية وأحمد في رواية إلى أنَّ الإمام بالخيار، غير أنَّ المالكية خص التخيير بشيء لم يكن متفقاً عليه تحريمه بين الأديان، أمَّا المتفق عليه كحرمة الزنا مثلاً فإنَّ الإمام ينفذ حكم الله على مرتكبه. والراجح هو القول الأول؛ لأنَّ أهل الذمة ما أعطي لهم الذمة إلَّا بعد رضائهم بأن يحكمهم الإسلام، ولا تعارض بين الآيتين حيث آية التخيير في =

عن يد وهم صاغرون﴾[1] قال الشافعي: «وسمعت عدداً من أهل العلم يقولون: الصغار: أن يجري عليهم حكم الإسلام... وإذا أحاط الإمام بالدار... فعرضوا عليه أن يعطوا الجزية على أن يجري عليهم حكم الإسلام لزمه أن يقبلها منهم، ولو سألوه أن يعطوها على أن لا يجري عليهم حكم الإسلام لم يكن ذلك له وكان عليه أن يقاتلهم حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وهم صاغرون بأن يجري عليهم حكم الإسلام، وإن سألوه أن يتركوا من شيء من حكم الإسلام... لم يكن له أن يجيبهم إليه، بل يقاتلهم... أما إذا كان في غزوهم مشقة... فلا بأس أن يوادعوا...»[2]. وقال الماوردي: «ولا يجوز أن يقلد الكافر القضاء على المسلمين، ولا على الكفار»[3].

وعلى فرض الرأي القائل بترك أهل الذمة ليحكمهم قانونهم الخاص فإنَّ ذلك خاص بنظام المعتقدات والأسرة والأحكام الخاصة بدينهم، كما إنَّ قانونهم هذا لا يطبق على غيرهم في حالة الاختلاف في الدين بين المتخاصمين، وفيما سوى ذلك فإنَّ أحداً من المسلمين لم يختلف في وجوب سيادة الشريعة الإسلامية على البلد الذي يفتح[4].

= الموادعين المتصالحين معنا من غير عقد الذمة كاليهود الذين وادعهم الرسول ﷺ حينما نزل بالمدينة، وآية الحكم فيهم عامة للمعاهدين الذين رضوا أن يدفعوا الجزية إلينا، ولذلك إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من فعل محرماً يوجب عقوبة ينفذ عليه العقوبة، وكذلك بخصوص أحكام التعامل غير أنَّهم ترك لهم مسائل أنكحتهم وبعض المعاملات التي هي حلال في دينهم وقد ثبت في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم: أنَّ رسول الله ﷺ رجم يهوديين في المدينة ثبت عليهما الزنا. قال ابن حزم الأندلسي ت ٤٥٦ هـ: «فمن ترك أهل الذمة وأحكامهم فقد اتبع أهواءهم وخالف أمر الله تعالى».

يراجع: أحكام القرآن للشافعي (٢/٧٨)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٢/٤٣٤ ـ ٤٣٧)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٢/٦١٧)؛ وتفسير القرطبي (٦/١٧٧)؛ والأم للشافعي (٤/١٣٠)؛ وفتح القدير (٢/٥٠٢)؛ وبداية المجتهد (٢/٤٣٥)؛ والغاية القصوى (٢/٩٢٧)؛ والمغني لابن قدامة (٨/٢١٤)؛ والمحلى لابن حزم (١٣/٦٩ ـ ٧٢).

(١) سورة التوبة: الآية ٢٩.

(٢) الأم (٤/٩٩)؛ وأحكام القرآن للشافعي (٢/٧٩)؛ ومختصر المزني (٥/١٦٨).

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي، ط. التوفيقية ص (٧٢ ـ ٧٣).

(٤) انظر المراجع الفقهية السابقة وراجع: كتاب الأحكام الكبرى للقاضي أبي الإصبغ حيث ذكر واقعة الحكم بقتل المرأة النصرانية التي دخلت في مجلس القاضي بتحد وقالت: إنَّ عيسى هو الله =

نعم ترك المسلمون أهل الذمة في الأندلس ليحكمهم قانونهم الخاص ـ في حدود ما ذكرنا ـ لكنهم بحكم كونهم متجاورين مع المسلمين وتنوع الخلافات بينهم نتيجة للنشاط التجاري السائد، وأنَّ الشريعة الإسلامية هي سيدة الموقف قد رجعوا في كثير من القضايا إلى القضاء الإسلامي ليست في الدعاوي والقضايا التي حدثت بينهم وبين المسلمين بل في قضاياهم الخاصة[1]. وأكثر من ذلك للدلالة على مدى تأثر أهل الذمة في الأندلس بالمسلمين أنَّ لغة هذه الأحكام التي صدرت من الكنيسة أو المحاكم كانت عربية[2].

= (تعالى عمَّا قالت علواً كبيراً) وإنَّ محمداً كذب فيما ادَّعاه من النبوة، وقد استند القاضي في حكمه على أقوال الأئمة المعتبرين.

انظر: الأحكام الكبرى لأبي الإصبغ تحقيق د. محمد عبد الوهاب ص (٧٠ ـ ٧٣).

وذهب ابن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ) إلى وجوب تطبيق الشريعة بكاملها على الكفار جميعاً.

انظر: الإحكام، ط. مكتبة عاطف (٦/ ٨٨٥).

(١) لقد جمع القاضي أبو الإصبغ عيسى بن سهـل الأندلسي المتوفى (٤٨٦ هـ) الوقائع القضائية في كتاب سماه: «الإعلام بنوازل الأحكام» أو «الأحكام الكبرى» وذكر فيه أحكاماً كثيرة تخص أهل الذمة، وقام بتحقيق هذا الجزء الدكتور محمد عبد الوهاب خلاف وسماه: «وثائق في أحكام قضاء أهل الذمة في الأندلس مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى» وقام بنشره المركز العربي الدولي للإعلام بالقاهرة، وقد ذكر القاضي أبو الإصبغ عشرات القضايا التي حكم فيها القضاة المسلمون على أهل الذمة، أو لهم، وتضم هذه الوثائق مجموعة من القضايا التي تتعلق باعتناق بعض المسيحيين الإسلام وهم في سن دون البلوغ، وقضايا تتعلق بإحداث الكنائس والبيع، وقضايا خاصة بمنازعات بين المسلمين والذميين حول معاملات مختلفة من بيوع وأحباس، وعقود زواج، وغير ذلك مما يكمل لنا فراغات مهمة في صورة العلاقات بين المجتمع الإسلامي الأندلسي الذي كان يعيش في ظله أهل الذمة وقد كفل لهم حق التقاضي، شأنهم في ذلك شأن المسلمين.

راجع: تقديم الدكتور محمود علي مكي لهذا الكتاب، ص (٧ ـ ١٠)، ومقدمة المحقق ص (٣٧).

(٢) قام المستشرق الإسباني (انخل جو نثالث بالنثيا) بنشر مجموعة ضخمة من الوثائق الخاصة بمستعربي طليطلة ـ أي أهل الذمة الذين تعلموا اللغة العربية ـ خلال القرنين: الثاني عشر والثالث عشر للميلاد وهي تبلغ (١١٧٥) وثيقة في المعاملات من بيوع وإجارات، ومزارعات، وعقود زواج، ووصايا ومواريث، وأحباس (أوقاف) على الكنائس، والأديرة، ورهون وغير ذلك ومما يجب التنبيه عليه هو أنَّ جميع هذه الوثائق مكتوبة باللغة العربية، فمن هنا نرى مدى تأثر النصارى في طليطلة ـ التي أصبحت عاصمة المسيحية منذ سنة (٤٧٨هـ ـ ١٠٨٥م) ـ بالمسلمين الفاتحين فقد كان هؤلاء النصارى يكتبون معاملاتهم بالعربية حتى بعد غزو الفونس السادس لها وانتزاعها من أيدي =

فعلى ضوء ما سبق أثَّرت الشريعة الإسلامية في أعراف وعـادات الشعوب المفتوحة وطبعت أعراف الأندلس ـ حتى أعراف المسيحيين ـ بالأحكام الإسلامية، فلما ذهب المسلمون من الأندلس لا يمكن أن تذهب معهم هذه الأعراف والعادات التي كانت الشريعة الإسلامية قد رسخت أقدامها فيها عدَّة قرون، فبقي كثير من هذه الأعراف، وكثير من النظم التجارية الإسلامية بين أهلها، ثمَّ لمَّا عاد المسيحيون لحكم الأندلس وبدأوا بتقنيين تشريعات لهم لم يغفلوا هذه الأعراف وهذه النظم الإسلامية السائدة، وهذا ما يثبته الواقع والوثائق التأريخية والقانونية، فالمؤرخون الأسبان[1] أنفسهم لا ينكرون أنَّ النظم الإدارية والمالية والقضائية التي سار عليها تنظيمات الملوك الكاثوليك في كل من قشتاله وليون بقيت متأثرة إلى حد بعيد بالنظم الإسلامية المطبقة عند حكام الأندلس المسلمين[2].

وفي نطاق القانون الخاص كان أثر الأعراف السابقة كبيراً في التشريعات التي قننها ملوك الأندلس المسيحيون ولا سيما إذا لاحظنا أنَّ حركة التشريع المتكامل قد كانت متأخرة في إسبانيا، ولذلك نرى أنَّ أهم مصادر القانون فيها مجموعة الفونس الحكيم[3] (بين عامي ١٢٥٦ م ـ ١٣٦٢ م واستقرت في ١٣٨٠ م) وهذه المجموعة

= المسلمين إلى القرن الرابع عشر الميلادي أي طيلة ثلاثة قرون بعد خروجهم من سيطرة الدولة الإسلامية، وتكوين الدولة المسيحية.

انظر: تقديم الدكتور محمود علي مكي لكتاب وثائق في أحكام قضاء أهل الذمة في الأندلس، ص (٥).

(١) من أبرز أنصار هذا الرأي: (Urena) المرجع السابق ص (١٤ ـ ١٧) وما بعدها.

(٢) فقد بقيت كثير من المصطلحات الإدارية الإسلامية في تنظيماتهم نذكر منها: نظام العمدة (Alcade) والقاضي (Alcaide) الذي كان سائداً في أعراف المسلمين.

انظر: وثائق ابن الإصبغ المتوفى (٤٨٦ هـ) في أحكام القضاء في الأندلس، ط. القاهـرة ١٩٧٩ ص (٨٠، ٨١). ومراقب الموازين (Almotasuf) وصاحب الشرطة (Sahibexxortè) والتعريفة (Tarifas) ووالي المظالم (Sahib Wall) والصاحب أو صاحب المدنية (Gahib) وكان هذا مصطلحاً شائعاً في إطلاقه على أمير المدنية.

انظر: (Urena) ص (١٤ ـ ٢٦)؛ ود. عادل، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، ص (٨٥)، ومونتجمري وات، المرجع السابق ص (٤١، ٨٣).

(٣) لا ينكر أحد من المؤرخين أنَّ الفونس هذا كان له دور بارز في نشر الثقافة والعلوم الإسلامية في الغرب عن طريق الترجمة، كما إنَّه جمع حوله نخبة من العلماء والفقهاء والمؤرخين، وقام بإنشاء =

وإن كان لها بعض جذور تأريخية، وكانت متأثرة بالقانون الروماني، والقانون الكنسي[1] لكنها لم تغفل الأعراف السائدة بل خصصت جزءاً منها لمجموعة الأعراف في قشتاله[2] فأدنى ما يقال فيها - مع فرض إبعاد الأخذ من النظم الإسلامية مباشرة - أنَّها قد تأثرت بالشريعة الإسلامية من خلال الأعراف التي أثبتها المسلمون بين التجار كمبدأ الرضائية والغبن الفاحش والغش والتدليس وأنواع كثيرة من العقود الإسلامية نذكر هنا بعضها التي بقيت في الأعراف والقوانين الإسبانية على ضوء ما ذكره بعض المؤرخين الإسبان منها:

١ - عقد المضاربة[3] حيث يذهب غالبية فقهاء تأريخ القانون الإسباني إلى أنَّ هذا العقد قد جاء به المسلمون إلى إسبانيا، حيث لم يكن قبل الفتح الإسلامي معروفاً ولا معهوداً لدى الإسبان[4] ولا عند المسيحيين عموماً، حتى لم تكن الكنيسة في البداية تعترف بهذا النوع من التجارة إلى أنَّ اضطرت تحت ظروف اقتصادية وإلحاح رعاياها للاعتراف به - كما سبق -[5].

= مدرسة في (Lurcia) وعمل بالتدريس فيها بعض العلماء المسلمين مثل محمد الرقوطي الذي تتلمذ على يديه كثير من المسلمين والمسيحيين واليهود.

انظر تفصيل ذلك في: د. عادل بسيوني، المرجع السابق، ص (١٢٦ - ١٢٧)؛ ومونتجمري وات، فضل الإسلام على الحضارة الغربية، ص (٤١، ٨١ - ٩٨).

(١) انظر:

Martinez Marina: Ensayo Histonioco Critico, Madrid, 1834, Livre 7.

المشار إليه في د. عادل، المرجع السابق، ص (١٢٨).

(٢) انظر:

Palmer; Guide To Law Of Spain, Washington, 1915, P. 20.

والمصادر السابقة.

(٣) عقد المضاربة - ويسمى القراض أيضاً - وهي أن يدفع شخص مالاً إلى آخر ليتجر فيه بجزء من الربح، وهو جائز بالإجماع.

انظر في تفصيل ذلك: تكملة فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٧/٥٧)، وبداية المجتهد (٢/٢٣٦)، والروضة (٥/١١٧)، والغاية القصوى (٢/٦٠٧)، والمغني لابن قدامة (٥/٢٤)؛ والمحلى لابن حزم (٩/١١٦)، والمختصر النافع للحلي ص (١٧٠).

(٤) انظر: (Urena)، المرجع السابق ص (٢٦)، و(Altamira) المرجع السابق، ص (١٥).

(٥) المراجع السابقة ود. عادل، المرجع السابق، (٨٥ - ٩٢).

٢ ـ عقد المزارعة(١) فقد ذكر فقهاء القانون الإسباني إلى دور المسلمين في إدخال هذا النظام في الأندلس في الوقت الذي كان يسود الغرب كله النظام الإقطاعي الذي يقضي بأن تكون الأرض، ومن يعمل فيها ملكاً للسيد(٢).

٣ ـ الرهن(٣) حيث أرجعه بعض فقهاء القانون الإسباني إلى الشريعة الإسلامية(٤).

وبالإضافة إلى اقتباس الأعراف والتشريعات الغربية هذه العقود من الشريعة الإسلامية فإنَّها قد كان لها دور بارز في بلورة كثيرة من الأفكار القائمة لدى الإسبان مثل السلطة الأبوية التي كانت تصل على ضوء القانون الروماني إلى حد الحياة والموت(٥)،

---

(١) هي: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك أمَّا إذا كان البذر من العامل فتسمى المخابرة، ويجوز المزارعة بالثلث والنصف، أو بأي نسبة يتفق عليها العاقدان، فقد روى البخاري ومسلم عن ابن عمر: «أنَّ النبي ﷺ أعطى خيبر لليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها».

انظر الحديث في: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (١٥/٥)؛ ومسلم (١١٨٦/٣ ـ ١١٨٨)؛ وسنن أبي داود مع العون (٢٧٣/٩)؛ وابن ماجه (٨٢٤/٢)؛ وأحمد (١٧/٣)؛ والسنن الكبرى (١١٣/٦)؛ وتلخيص الحبير (٥٩/٣).

وراجع: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٣٢/٨)؛ وبداية المجتهد (٢٤٤/٢)؛ والروضة (١٦٨/٥)؛ والغاية القصوى (٦١٣/٢)؛ والمغني لابن قدامة (٤١٦/٥)؛ والمحلى لابن حزم (٥١/٩)؛ والمختصر النافع للحلي ص (١٧٢).

(٢) انظر: (Altamira) المرجع السابق ص (١٦)، (Urèna) المرجع السابق ص (٢١)؛ و د. سعيد عاشور، أوروبا في العصور الوسطى (٦٠/٢)؛ و د. عادل بسيوني، المرجع السابق ص (٩٣ ـ ١٠٢).

(٣) الرهن: هو توثيق الدين بعين مقبوضة قال الله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ سورة البقرة: الآية ٢٨٣. راجع في تفصيل أحكامه: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (١٨٨/٨)؛ وبداية المجتهد (٢٧٢/٢)؛ والكافي لابن عبد البر (٨١٢/٢)؛ والروضة (٣٨/٤)؛ والغاية القصوى (٥٠١/١)؛ والمغني لابن قدامة (٣٨/٤)؛ والمحلى لابن حزم (٤٨٠/٨)؛ والمختصر النافع للحلي ص (١٦١).

(٤) انظر: (Urèna) المصدر السابق، ص (٢١)؛ و د. عادل، المرجع السابق، ص (١٠٣).

(٥) انظر: (Urèna) المرجع السابق، ص (٣١)، فذكر نظام السلطة الأبوية في ظل القانون الروماني في إسبانيا، ثمَّ التطور الذي حصل بفضل محمد ﷺ وفقهاء المسلمين ـ على حد تعبيره ـ، كما ذكر =

فأدخلت الشريعة الإسلامية تعديلاً مهماً فيها وجعلتها سلطة ولاية وتوجيه وإشراف بالإضافة إلى إشراك الأم في جزء من هذه السلطة(١) كما استطاعت الشريعة الإسلامية التأثير على التشريعات الإسبانية بخصوص الفصل بين الذمة المالية للزوج والزوجة، وعدم تداخل ذمة الزوجة في ذمة الزوج(٢) في حين أنَّ النظام السائد في أوروبا كلها كان هو نظام الذمة المالية المشتركة ثمَّ أقرت المجموعات القانونية الإسبانية هذا المبدأ الإسلامي(٣) كما تأثرت المجموعات القانونية الإسبانية بالشريعة في كثير من قواعد المواريث منها الميراث بين الزوجين حيث أخذ أعراف بعض المدن الإسبانية بما أقرَّته الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص(٤).

وبالإضافة إلى هذا الممر الرئيسي لعبور الأفكار الإسلامية إلى التشريعات الغربية فإنَّ هناك بعض ممرات وقنوات تسربت عبرها الأفكار الإسلامية القانونية إلى الغرب مثل حوض البحر الأبيض المتوسط الذي يشرف على التجارة عبره إلى الدول الغربية ـ ولا سيما إيطاليا ـ التجار المسلمون كما كان التجار الغربيون يمارسون التجارة عبره إلى الدول الإسلامية وكانت الحضارة الإسلامية في القرن السابع والثامن والتاسع والعاشر الهجري أزهى من الحضارة الغربية، فلذلك لا يستبعد تأثر هؤلاء التجار الغربيين ـ ولا سيما الإيطاليون ـ بالقواعد التجارية لدى المسلمين، ثم نقلوها معهم إلى بلدانهم، ثمَّ تسربت إلى القانون الكنسي والتشريعات الغربية(٥).

= (Citamira) وهو من أشهر مؤرخي الإسبان في مؤلفه السابق ذكره ص (١٦ ـ ١٨) تأثر القانون الإسباني بهذا الخصوص بالشريعة الإسلامية.

(١) انظر: فتح القدير (٢/٤٩١)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٧٩)؛ والروضة (٧/٥٣)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٢٥٦)؛ والمحلى (١١/٤٢)؛ والمختصر النافع ص (١٩٦).

(٢) أقرَّت الشريعة الإسلامية أنَّ لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة فلا يستطيع أحدهما التصرف في مال الآخر إلَّا برضاه، وأنَّ المرأة هي صاحبة أموالها وحقوقها، وتحتفظ بشخصيتها المستقلة في كل المجالات إلَّا في حدود المعاشرة الزوجية التي فصلتها الشريعة الغراء، فقد قال الله تعالى: ﴿وآتُوا النساءَ صدقاتهنَّ نِحلَةً فإنْ طِبنَ لكُم عن شيءٍ منهُ نَفْساً فكُلُوه هنيئاً مريئاً﴾ سورة النساء: الآية ٤.

انظر: تفسير القرطبي (٥/٢٣)؛ وفتح القدير (٢/٤٤٠)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٢)؛ والروضة (٧/٣١٦)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٣٨٠)؛ والمحلى لابن حزم (١١/١١٩).

(٣) انظر: (Urèna) المرجع السابق، ص (٣٦ ـ ٣٧).

(٤) المرجع السابق، ص (٣٨)؛ و د. عادل، المرجع السابق، ص (١١٠).

(٥) من هذا الرأي أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، في كتابه تطبيق الشريعة الإسلامية، ص =

المرحلة الخامسة: طغيان الرضائية

بعد أن نادى فقهاء القرن السادس عشر بإقرار مبدأ سلطان الإرادة في العقود، وتمَّ إقراره تماماً فزالت الشكلية الرومانية وأصبحت الإرادة هي الأساس في إنشاء الالتزامات أو تعديلها، أو إنهائها، واستطاعت الإرادة تحديد الآثار المترتبة على التصرفات. . . انضم إليهم فلاسفة القرنين: السابع عشر، والثامن عشر فنادوا بحرية الإرادة وليست في نطاق العقود فحسب بل في كل مجالات الحياة، فظهرت نظريات فلسفية، واقتصادية، واجتماعية اتَّسمت بطابع شخصي، وتشعبت بروح فردية حتى بلغت الذروة في القرن الثامن عشر، فدعت إلى تشييد صرح قانون طبيعي مبني على حرية الفرد، واستقلال إرادته، وتوسيع نطاقها، لتجري في جميع النظم القانونية مجرى الدم في العروق، حتى أصبحت حرية الفرد، واستقلال إرادته وسيطرتها على الميدان الاقتصادي هي الحكر الذي كان يدور عليه تفكير ذلك العصر[1]. وشاع القول بأنَّ أصل القانون لا بدَّ أن لا يكون القوَّة الإلّهية، أو الجماعة أو الدولة، بل هو الفرد نفسه، فهو الذي يرتكز عليه النظام الاجتماعي وهو الغاية التي يسخر لخدمتها الجماعة، فمن هذا المنطلق أصبح الفرد هو السيد وصاحب الحق بعد أن كانت الدولة هي صاحبة الحق،

= (٨٩ ـ ٩٠)، وكتابه بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، ص (٤٠)؛ وأغاخان، وزكي علي، أوروبا والإسلام، ص (٢٩ ـ ٣٣)؛ وسينيت، في كتابه الذي علق فيه على مختصر خليل، ص (٣٣) المشار إليه في د. عادل، العلاقة بين الشريعة والقوانين الأوروبية ص (٨٩)..

وقد تحمس لهذا الرأي الأستاذ هولير بيول ـ المشار إليه في د. محمد كامل أمين، الشركات، ط. دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٧ م ص (١١) ـ فذكر أنَّ الحروب الصليبية مكَّنت التجار الإيطاليين والمحاربين من التعرف على النظم الإسلامية التي كانت تسود سواحل البحر الأبيض المتوسط وأوجدت في نفوسهم الرغبة في فتح أسواق الشرق الإسلامية أمام الأوروبيين، لكنَّه لما كانت القوانين الرومانية والكنسية مطبوعة بالتعقيدات الشكلية ولا تساعد على نمو التجارة وازدهارها اقتبسوا نظام المسلمين ذا الطابع البسيط الرائع في المعاملات، وقد أفاض الأستاذ سانتلا في مقالة عن الشريعة الإسلامية في كتابه: (The Legacy of Islam) طبعة أكسفورد عام ١٩٣١ ص (٣١)، فذكر أنّ الغرب قد اقتبس كثيراً من قوانين المسلمين التجارية خصوصاً ما تعلَّق منها بالشركات التي كان يسميها المسلمون: «شركات القراض» وهي التي تعرف في الوقت الحاضر بشركات التوصية.

(١) الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ١٩٨١ ص (١٧٩/١)؛ و د. طعيمه الجرف، الحريات العامة بين المذهبين: الفردي والاشتراكي، ط. القاهرة ١٩٥٦ ص (١١ وما بعدها)؛ ورفعت المحجوب، الإشتراكية، ط. القاهرة ١٩٦٦م ص (١٣٥).

بل تغيرت النظرة إلى الدولة حيث حُصرت وظائفها في حفظ الأمن والنظام في الداخل والخارج، ومنعت من التدخل في النشاط الاقتصادي، والاجتماعي، بل إنَّ حقوق الدولة ليست إلّا منحة من الفرد إليها[1]. وقد توجت هذه الجهود بإعلان حقوق الإنسان[2] وكان للفقيهين الفرنسيين: دوما (١٦٢٥ م - ١٦٩٦ م) وبوتيه (١٦٩٩ م - ١٧٧٢ م) دور كبير في نطاق القانون[3]، كما كان لروسو (Rousseau) دور كبير من خلال كتابه: العقد الاجتماعي، فتلقت الثورة الفرنسية هذه الأفكار السائدة التي تمخض عنها تقنين نابليون في عام (١٨٠٤ م) والذي قام على أساس تقديس حرية الفرد واحترام إرادته، وإن كان وضع بعض الضوابط المرنة لتقييد الحرية مثل النظام العام والآداب[4]. وقد تزعم مدرسة الإرادة الحرة في ألمانيا في بداية القرن التاسع عشر فقيهان ألمانيان هما: سافيني (Savigny) وبرنارد وند شايد (Windsecheid) فقرر سافيني بأنَّ للشخص سلطاناً غير محدود على ما يملكه فلا يجوز

---

(١) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ط. ١٩٥٥ ص (٤٠).

(٢) وقد صدرت وثيقة إعلان حقوق الإنسان في فرنسا عام (١٧٨٩ م) ثمَّ أصبحت معترفاً بها في العالم أثر التوقيع عليها من قبل أعضاء منظمة الأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر (١٩٤٨ م).

راجع في ذلك: د. عبد الستار الكبيسي، ضمانات المتهم، رسالة دكتوراة بحقوق القاهرة سنة ١٩٨١، ص (٤٢، ٦٦)، ومصادره المشار إليها فيها. ثمَّ لا يخفى أنَّ إعلان حقوق الإنسان في الإسلام، قد جاء قبل هذه الوثيقة بعدَّة قرون حيث يقول القرآن الكريم: ﴿ولقد كرَّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً﴾ سورة الإسراء: الآية ٧٠. وراجع تفسير القرطبي (١٠/٢٩٣ - ٢٩٦).

(٣) انظر:

Domat: Les Lois Civilės Dans Leur Order Naturel, Paris, 1756, P. 20.

Pothier: Traitės Des Obligations, Paris 1821, P. 89.

(٤) راجع:

Lèóng. Morandiere: Droit Civil Dalloz 1966, T. II, P. 157.

Marcl Planiol: Traiteel Mentaire De Droit Civil, Paris, 1949, P. 154.

Louis Josserand: Cours De Droit Civil Positif Français, Paris, 1933, P. 7.

وراجع د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، ص (٢٠٠ - ٢٠١)؛ و د. عادل، المرجع السابق، ص (٢٦٦ - ٢٦٨)؛ والدكتور فتحي عبد الرحيم، رسالته السابقة، ص (١٦٢). وقد نص القانون الفرنسي في المادة (١١٣٤) على أنَّ: «الاتفاقات المعقودة على وجه شرعي تعتبر في مقام القانون لمن عقدوها». =

لأحد أن يتدخل فيه[1]. وقرر وند شايد أنَّ المالك يستطيع أن يفعل في ملكه ما يشاء كما أنَّ إرادته لا حدود لها، فهي الحاسمة بالنسبة إلى جميع نواحي الشيء وهي سر وجوده[2]، وتمخض تحت تأثير هذه المدرسة القانون الألماني الصادر في (١٨٩٦م) حيث قررت المادة (٩٠٣) منه في مستهل باب الملكية «أنَّ لمالك الشيء أن يفعل به ما يحلو له، وأن يمنع الغير من أي تأثير على ملكه». ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أسرفوا في تقديس الإرادة فقرروا أصلين هما:

١ ـ أنَّه لا التزام إلَّا بإرادة حرة.

٢ ـ وأنَّ كل التزام إرادي مشروع.

فرتبوا على الأصل الأول أنَّ مصادر الالتزام تنحصر في الإرادة فلا التزام إلَّا بها، ولهذا افترضوا وجودها في المصادر الأخرى للالتزامات حيث قرروا أنَّ شبه العقد مبني على إرادة مفترضة مطابقة للقانون، والجريمة أو شبه الجريمة تقوم على إرادة مفترضة مخالفة للقانون، حتى أنَّ الالتزامات التي يفرضها القانون مباشرة تقوم هي الأخرى على الإرادة الفردية بل إنَّ سلطان الإرادة ليس مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها بل هو الذي يولد كل الحقوق الأخرى[3] فما القانون في نظرهم إلَّا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثيلهم واختاروا الخضوع لسلطانه[4].

= وراجع: د. حسين عامر القاضي، القوة الملزمة للعقد، ط. أولى القاهرة ١٩٤٩ ص (١٣)؛ و د. السنهوري، الوسيط (١/١٨٠)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق، ص (٣٧).

(١) سافيني، نظام القانون الروماني المعاصر، ط. برلين سنة ١٧٤١ م ص (٧) باللغة الألمانية المشار إليه في د. ثروت الأسيوطي، مبادىء القانون، ط. جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤ م (١٢/٢).

(٢) برنارد ويند شايد، الوسيط، الطبعة السادسة، فرانكفورت عام ١٩٠٦ باللغة الألمانية المشار إليه في د. ثروت الأسيوطي، المرجع السابق، ص (١٢/٢)؛ وراجع: الدكتور محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، ط. الهيئة العامة للكتاب ١٩٧٩ (٤٢, ٥٢).

(٣) فقد افترضوا وجود الإرادة في كل النظم القانونية وذكروا أنَّ حق الملكية يقوم على الإرادة، ونظام الأسرة ينشأ عن الزواج القائم على الإرادة، والميراث مبني على وصية مفترضة، وطرق التنفيذ الجبري تقوم على رضا المدين مقدماً، وحتى العقوبة التي توقع على الجاني مبنية على إرادة الجاني فكأنه قد رضي مقدماً بالعقوبة ثمَّ أقدم على الجريمة.

انظر: (Gounot) مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، رسالة باريس سنة ١٩١٢ م ص (٤٨ ـ ٤٩) و(٦٢ ـ ٦٣)؛ و د. السنهوري، الوسيط، (١/١٨٠ ـ ١٨١)؛ و د. جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص (٣٩)؛ و د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص (٤٠).

(٤) د. السنهوري، المرجع السابق ص (١٨١).

وكما أنَّ أصل القانون يرجع إلى الإرادة في نظرهم فكذلك الآثار التي تترتب على الالتزامات حيث إنَّ كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً ومنتجاً أثره، لأنَّ أساسه ـ وهو الالتزام ـ مبني على إرادته فيكون ما يترتب عليه مبنياً عليها أيضاً إذن فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى غبن لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا الغبن، وكذلك لا يصح أن يحتج بأنَّ الشروط التي اشترطها أحد العاقدين جائرة ما دام قد رضي بها، فلا قيمة في العقد للتعادل بين الشيئين المتبادلين، فالأصل في الإنسان هو الحرية واستقلال الإرادة ما دام يتمتع بالأهلية الكاملة، ولا يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش، لذلك لا مجال لتحديد الإرادة وتقييدها بحجة التضامن الاجتماعي، أو التعسف في استعمال الحق، أو قواعد العدالة أو النظام العام، لأنَّه لا شيء أحق بالرعاية من سلطان الإرادة وحرية الفرد، واحترام متطلباته[1].

كما رتبوا على الأصل الثاني أنَّ ما تمَّ نتيجة إرادتين حرتين يجب حماية القانون له، فلا يصح تعديله إلّابتوافق هاتين الإرادتين، ولا يجوز لأحد ـ وإن كان قاضياً ـ تعديله بأي حجة كانت كقواعد العدالة ونحوها، لأنَّ العدالة في احترام إرادة العاقدين، ونتج عن ذلك عدم الاعتراف بأي تشريع يقوم على تقييد الحرية التعاقدية، كتنظيم عقد العمل، أو يضع تحديداً للأسعار، أو للفائدة، ونلمس بعض آثار هذه الأفكار القائمة على النزعة الفردية أو الحرية الشخصية في التقنين الفرنسي القديم، والتقنين المصري القديم الذي كان صورة من القانون الفرنسي حيث لم يعيرا أي اهتمام يذكر بمبدأ التعسف في استعمال الحق، ولا بنظرية الاستغلال، ونظام المؤسسات، وتنظيم الملكية في الشيوع، وعقود التزام المرافق العامة، وعقود التأمين، وحوالة الدين، والإعسار المدني كما لم نجد فيهما مكاناً للإرادة المنفردة، أو لعقود الإذعان ولا نرى فيهما اهتماماً واضحاً بنظرية الإثراء بلا سبب تتحدد فيه أبعاده، وحدوده[2].

المرحلة السادسة: الحد من الرضائية وتقييدها بقيود

إذا كانت الظروف الاقتصادية، والاجتماعية هي التي أدَّت إلى ظهور نظريات متطرفة في تقديس حرية الفرد، واستقلال إرادته خلال القرنين الثامن عشر، والتاسع عشر. . . فإنَّ هذه الظروف قد تغيرت إلى أن تحد منها إثر التجارب المريرة التي مرَّت

---

(١) المصادر السابقة.

وراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/١٨١ ـ ١٨٢).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/١٥ ـ ١٦) والمصادر السابقة.

بها بعد ظهور صناعات كبرى وشركات ضخمة أدَّت إلى ظهور احتكارات وتحكم في وسائل الإنتاج تحت غطاء الحرية الاقتصادية، وعمدت الطبقة الرأسمالية إلى حماية مصالحها وإشباع رغبتها على حساب الطبقة الكادحة، وجعلت الحرية الفردية ستاراً لمنع إنشاء نقابات عامة تحمي حقوق أفرادها، فينتج عن ذلك أن أصبح العمال والفلاحون ضحية لهذا الاستغلال حيث لا حماية من الدولة، ولا من الهيئات فظهرت الطبقات الاجتماعية المتفاوتة تفاوتاً لم يتوقع. لذلك لم يبق أمام المستضعفين من سبيل إلاَّ اللجوء إلى الإضرابات واستعمال العنف[1]، فبدا للمعتنين بشؤون المجتمع زيف صيحات دعاة الحرية الفردية، فانكشف أمامهم أن دعواتهم تسقط واحدة تلو الأخرى، وظهر أنَّ القول بأنَّ الحرية التعاقدية إنَّما تهدف إلى المصلحة العامة قول لا يتفق مع الواقع، «فالمتعاقد إذا ألجأته الضرورة إلى قبول شروط مجحفة فإنَّ هذا الإجحاف في ذاته فوضى اجتماعية، وليس من المصلحة العامة أن تكون بين طبقات المجتمع طبقة ضحية لهذا الظلم»[2]. كما بات مكشوفاً أنَّ القول بأنَّ الحرية الفردية دون رقابة خير من يخدم الفرد، وأنَّ الفرد خير من يقدر مصالح نفسه قول نسجه الخيال لكنه تحطم على صخرة الواقع حيث لم يتمتع بهذه الحرية إلاَّ أصحاب الشركات والمصالح الكبرى، أمَّا العمال والفلاحون فقد باتوا أكثر بؤساً وفقراً وإرهاقاً، فاستغلهم هؤلاء وانتهكوا حقوقهم، إذ كيف يمكن للعامل أن يقف على قدم المساواة مع صاحب العمل المستغل وكيف يتمتع بحريته أمام حرية ذاك دون حماية قانونية، أضف إلى ذلك أنَّ أصحاب الشركات قد سيطروا على معظم مرافق الشعب العامة فلم يعد بإمكان الفرد العادي أن يقف على قدم المساواة مع شركة المخابز، أو شركة النور (الكهرباء) أو المياه، أو النقل أو نحوها، فهل يستطيع الامتناع عن التعاقد مهما كان هناك إجحاف أو استغلال وظلم؟![3].

ثمَّ ما هذا الغلو في إسناد كل الحقوق إلى الإرادة؟ إذا كان ذلك مسلماً به في نطاق الالتزامات التعاقدية فإنَّه غير مسلم في الجريمة وشبه الجريمة، لأنَّه التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر عنه العمل غير المشروع فيكون بالقانون لا

---

(١) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٣٨٦)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص (٤٠) والمصادر السابقة.

(٢) فالين، الفردية والقانون فقرة ١٠١ ص (١٨٧) المشار إليه في د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال ص (٢).

(٣) المصادر السابقة.

بالإرادة، وأمّا روابط الأسرة فهي في الواقع تخضع للقانون لا للإرادة، وكذلك لا دخل للإرادة في نطاق القانون العام[1].

وأمام هذه الآثار الخطيرة تعالت صيحة دعاة الإصلاح، وعلماء الاجتماع مرة أخرى للحيلولة دون هذا الاستغلال البشع، والحد من سلطان الإرادة، وتقييد المذاهب الفردية بما يتفق مع صالح الجماعة، فظهرت النظريات الاشتراكية التي قلبت الموازين لصالح الجماعة التي أصبحت غاية القانون بدل الفرد، وغدت مهمة القانون النهوض بالجماعة وإن كان على حساب الفرد، وظهرت النقابات العمالية التي تدافع عن حقوق العمال، وتأثرت التشريعات الحديثة بهذه النزعات الجماعية، وتدخلت في سلطان الإرادة وضيّقت رقعته، وقيدته بقيود كثيرة[2]. وتدخل القضاء في الدول التي كانت تسودها الحرية الفردية فوجد في فكرة النظام العام والآداب ـ التي كانت قيداً منذ البداية وإن كان على نطاق ضيِّق ـ مكاناً خصباً، لينطلق منه إلى توسيع مفهومه وبالتالي التضييق من حدود سلطان الإرادة بشقيه حيث فرض القضاء ـ بمقتضى التوسع في مفهوم النظام العام والآداب ـ على العاقدين أن لا يتعاقدا عقداً مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة، ولا أن يعقدا عقداً مخالفاً لنص آمر، ولا أن يحددا شروطاً تتعارض معهما[3]. ولم يكتف المشرع الحديث ـ حتى في الدول ذات النزعة الفردية ـ بهذا القيد بعدما ظهرت المذاهب الاشتراكية، بل أضاف إليه قيوداً أخرى[4] فعلى سبيل المثال أخذ القانون المصري الحالي في المادة (١٢٩) بنظرية الاستغلال التي لم تكن موجودة في القانون القديم[5] ولما كان القانون الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً في الاستغلال فقد صنع الفقه والقضاء نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستغواء (Sèduction) فهي قريبة

---

(١) السنهوري، الوسيط (١٨٢/١ ـ ١٨٤).

(٢) المصادر السابقة، و د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص (٤٠ ـ ٤٢)؛ و(Gounot) المرجع السابق ص (٧٣).

(٣) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص (٤٣ ـ ٤٥.

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١٠٠١٠٤/١)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص (٤٠ ـ ٤٢)؛ و د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص (٤٠)؛ و (Gounot) المرجع السابق، ص (٧٣ وما بعدها)؛ والدكتور محمد صالح، أصول الاقتصاد، ط. مطبعة النهضة (٨٨/١)؛ ورفعت المحجوب، الاشتراكية ص (١٣٥ وما بعدها).

(٥) الدكتور توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراة بحقوق الإسكندرية سنة ١٩٥٧ ص (١ وما بعدها).

من نظرية الاستغلال من حيث الجزاء[1] كما جرى القضاء الفرنسي على تخفيض المقابل الباهظ في بعض العقود كعقد الوكالة والسمسرة[2] كما اهتدى القضاء الفرنسي بعد حوالي خمسين سنة من التقنين الفرنسي القديم القائم على تقديس حرية الإرادة إلى الحد منها وتقيدها، حيث حكمت محكمة (Colmar) في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ م في حكمها الشهير بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله حجبت النور عن جاره، فبنت حكمها بإزالة المدخنة على أسباب تتلخص في: «أنَّ المبادىء العامة وإن كانت تقضي بأن حق الملكية حق مطلق يخول صاحبه الانتفاع بملكه واستعماله بإطلاق لكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر يجب أن يجد حده في تحقيق مصلحة جدية مشروعة، لأنَّ مبادىء الأخلاق والعدالة تتعارض مع مساندة عمل كان الباعث فيه رغبة شريرة لا تبررها أية منفعة شخصية وتلحق بالغير أضراراً»[3]. وبذلك ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحقوق[4] وقد ردد القضاء الفرنسي هذه الأسباب السابقة في كثير من أحكامه فمثلاً حكمت محكمة (Sedan) في ١٧ ديسمبر ١٩٠١ بإزالة حاجز أقيم لغرض تافه كان يمنع الضوء عن جاره[5]. وحكمت محكمة استئناف

---

(١) حيث إنَّ الجزاء في كل منهما هو قابلية العقد للإبطال، وذهب الدكتور وديع فرج في مذكرات له، غير مطبوعة، ص (١٣٨) المشار إليها في هامش ص (٤٩٢) من الوسيط للسنهوري، ط. ١٩٨١ م، إلى التفريق بين الاستهواء، والاستغلال حيث إنَّ الجزاء في الاستغلال هو البطلان النسبي، وفي الاستهواء هو البطلان المطلق.

وراجع: د. توفيق فرج، نظرية الاستغلال ص (١٥ وما بعدها).

(٢) راجع: (Perrin) انقاص الالتزامات الباهظة، رسالة باريس سنة ١٩٠٥ م المشار إليه في د. السنهوري، الوسيط، (١/٤٩٩).

(٣) Colmar, Zmai 1855 Dalloz 1846, 2.9. Brèthe: Note Sirey 1925 I. 220.

وراجع. محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، ط. الهيئة العامة للكتاب ص ١٩٧٩ م ص (٣١٣).

(٤) أي ظهرت هذه النظرية في القوانين الحديثة منذ عهد قريب، ولا يخفى سبق الشريعة الإسلامية في هذا المضمار أيضاً حيث أقرَّتها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً.

راجع تفصيل ذلك في: د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء القيود، ط. مطبعة مصر ١٩٦٠م؛ والأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون العدد الأول سنة ١٤٠٣ هـ ص (٦ - ٤٦)؛ و د. محمد شوقي، المصدر السابق.

(٥) Trib. Sedan, 17 Dècembre 1901. Siry 1904, 2. 217.

باريس (١٩٤١ م) بإزالة الحائط الذي بناه مالكه في وسط حديقته لكنه أصبح حاجزاً سد على جاره نوافذه، ومع أنَّ المالك كان يريد ببناء الحائط مصلحة جادة مشروعة، حيث كان لغرض منع الأتربة لكن المحكمة قضت بمسؤولية المالك، لأنَّه كان بوسعه أن يقيم الحائط بمادة شفافة لا تحجب الضوء عن جاره، وتؤدي الغرض نفسه[١]. وقررت محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ يناير ١٩٦٤ أن استعمال حق الملكية يتقيد بتحقيق مصلحة جادة مشروعة ولا يخول صاحبه أن يعمل عملاً يؤدي إلى الضرر دون منفعة ذات قيمة[٢] وكررت محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ يناير سنة (١٩٧٤) هذه المعاني نفسها[٣]. فقد أثبت القضاء الفرنسي أنَّ حق الملكية ليس على الإطلاق، وأنَّ الإرادة ليست حرة في التصرف حيثما يحلو لها بل إنَّها مقيدة بتحقيق مصلحة، أو منفعة جادة ومشروعة، أو الأكثر جدية فيما لو ترتب عليها ضرر للغير[٤].

وهكذا القانون المصري الحالى حيث نص في المادة الرابعة على أنَّ: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» لكنه نص في المادة الخامسة على أنَّه:

«يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

جـ ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

وأكثر من ذلك فإنَّ القوانين ذات الصبغة اللاتينية قد تأثرت بالنزعة الجرمانية التي تقضي بالتقليل من أهمية الإرادة الباطنة الحقيقية، والوقوف عند الإرادة الظاهرة، والتي تستهدف أيضاً الإفادة من النظرة الجماعية، فقامت حركة فقهية حمل لواءها سالي (Saleilles) في مستهل القرن العشرين وأينعت ثمارها على التشريعات اللاتينية الحديثة التي ظهرت في هذا القرن مثل التقنين الإيطالي الجديد، والمشروع الفرنسي الإيطالي، والتقنين التونسي، واللبناني، وحتى في القانون الفرنسي حيث دخل عليه

---

(١) Paris 28 Octobre 1941 Gazette Pèriodique 1941. 2. 490.

(٢) Cass. Civ. ler 20 Janvier 1964 Juris Classeur Pèriod - Ique II. 1965 14035.

(٣) Civ. 22 Janvier 1974, 1974 Inf. 123.

(٤) Dalloz Mis a Jour 1977, 2.

تعديلات جعلت البون بين قانون نابليون، والقانون الحالي شاسعاً[١] يقول الأستاذ (L. J. Morandière) بصدد التعليق على القيود الواردة على مبدأ الرضائية: «إنَّ هذه القيود مهمتها التخفيف عند التطبيق، وهي تكشف عن المقتضيات الحديثة لتنظيم التجارة، أو العقود الجماعية، أو التي تتعلق بالهيئات والمؤسسات. . .، وفي الآونة الأخيرة نلاحظ أنَّ الحماية التي تفرضها الدولة قد سارت شوطاً بعيداً وذلك من منطلق المفاهيم الإشتراكية[٢]. فمثلاً تدخل المشرع الفرنسي أخيراً في عقود الإذعان لتحقيق هدف وهو مد الخدمة للجماهير وحماية الطرف المذعن، وكذلك الأمر في التسعيرة الجبرية، وعقود العمل الجماعية حيث يكون التعاقد وفقاً للصيغة المحددة دون وجود حرية المناقشة[٣] وكذلك العقود المفروضة مثل التأمين الإجباري على سائقي السيارات[٤].

وقد دخلت القيود على مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم من خلال مجموعة من القوانين التي شرعت منذ بداية القرن العشرين مثال ذلك قانون ١٨ مارس ١٩٠٥ م الذي يقضي بأن تتحمل شركات نقل الركاب المخاطر التي تنجم عن استخدام وسائل النقل التي تسيرها تلك الشركات[٥]. وكذلك صدرت عدَّة تشريعات تتعلَّق بتنظيم العلاقات التعاقدية في مجال التجارة، وقانون الجمعيات وقوانين النقل، والسكة الحديدية، وقانون التسعير الجبري في فرنسا الصادر في ٢١ أكتوبر ١٩٤٠ م ومرسوم ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٥[٦] والقانون الخاص بارتباط العاقد بوعد سابق الصادر في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٣[٧] وكذلك قانون ٥ آب أغسطس ١٩٦٠، وقانون ٨ أغسطس سنة ١٩٦٢ المتعلقين بمسؤولية هجر الأراضي، أو تركها بدون زراعة وقانون ٥ يوليه سنة ١٩٤١ القاضي بالتصرف في البيع بالقمح الذي في حيازة المزارعين بالكميات والأسعار المحددة بمعرفة الحكومة، وفي هذه الأحوال ـ كما يقول بعض الفقهاء في

---

(١) انظر في هذا المعنى: التقرير الذي قدَّمه الأستاذ موري (Moury) إلى مؤتمر الأسبوع الدولي للقانون الذي عقد بباريس، المشار إليه في د. السنهوري، الوسيط (١/١٠١ ـ ١٠٢).
وراجع: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق (١/٤٤).

(٢) انظر:

L.J. Morandière: Droit Civil Tll. Paris, 1966, P. 172.

(٣) المرجع السابق ص (١٧٢ ـ ١٧٣).

(٤) المرجع السابق ص (١٧٨).

(٥) المرجع السابق ص (١٧٤).

(٦) المرجع السابق ص (١٧٤).

(٧) المرجع السابق ص (١٧٦).

فرنسا(٤) ـ لسنا بصدد تصرف قانوني إرادي بل أمام عملية قانونية تتحقق بفعل القانون فحسب، وفي الوقت نفسه فإنَّ هذه الالتزامات تنشأ بين أطراف التعاقد كما لو كانت قد نشأت بفعل الرضاء والاتفاق الحر لكن بشرط الالتـزام بتحفظات القانون خشية الوقوع لعقوبات جزائية إدارية أو جنائية. ونضيف أخيراً أنَّ القوانين المعاصرة بدون أن تفرض على مالك العقار أية قيود على نقل الملكية، إلَّا أنَّها وضعت بعض ضوابط في شكل تفضيل البيع للجار بحكم الشفعة، فإذا ما قرر المالك أن يبيع وعثر على المشتري حق للمستفيد أن يحل محل المشتري مقابل أن يدفع له المقدار الذي دفع له، وأحياناً يحق للمستفيد بالشفعة أن يرفع الأمر للمحكمة في حالة المغالاة في تقدير الثمن، وحينئذٍ إذا ثبت شروط الحكم تقضي له بتقدير ثمن معقول (المادة ١٩٠٤ م ف) ثمَّ هناك حق الشفعة للدولة، وللأغراض العامة في المناطق التي تكون للمنافع العامة الأولوية كما صدر بذلك قانون ٢٦ يوليه سنة ١٩٦٢ في فرنسا وقانون الإرشاد الزراعي الفرنسي الصادر في ٨ أغسطس سنة ١٩٦٢(٢).

وإذا عدنا إلى القانون المصري الحالي نجد فيه قيوداً كثيرة أيضاً على مبدأ سلطان الإرادة، فقد حمى الطرف الضعيف في المادة (١٢٩) حيث نصَّت على أنَّه «إذا تمَّ عقد الإذعان متضمناً شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّلها، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، كما عطل في مادته (٢/٢٠٣) حق الدائن في التنفيذ العيني للالتزام إذا كان فيه إرهاق للمدين. وقضى في عقود التأمين ببطلان بنود معينة كلما رآها ضارة بالمستأمن(٣)، وكذلك استحدث القانون المصري الحالي قيوداً أخرى على مبدأ سلطان الإرادة رضخ فيها للتطور الاجتماعي والاقتصادي مقتبساً من مبادىء الشريعة الإسلامية كمبدأ التعسف في استعمال الحق (المادة ٥ م)، ونظرية الحوادث الطارئة (المادة ١٤٧) والمادة (٦٥٨ الفقرة ٤) والتدخل في الشرط الجزائي (المادة ٢٢٤) بل إنَّه سار في الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد حيث ألزم ـ في إدارة المال الشائع، وفي التصرف فيه ـ أقلية الملاك في الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (المواد ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٢) كما استحدث عقد العمل الجماعي الذي يعدُّ بحق قيداً خطيراً على سلطان الإرادة حيث يتقيد بهذا العقد النموذجي مجموعة من

---

(١) (L. J. Morandière) المصدر السابق، ص (١٧٨) بند ٣٠٣.

(٢) المرجع السابق، ص (١٧٨ ـ ١٧٩).

(٣) انظر: د. محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمين، الفقرة ٨٣، والنظرية العامة للالتزام ص (٤٢).

أرباب الأعمال، ومجموعة من العمال فيتقيد جميعهم بمحتوى بنود العقد المكتوب دون أن يكون لأحدهم حق المناقشة[1] وحتى في عقد العمل الفردي فإنَّ المادة (٣٨) من قانون عقد العمل الفردي (رقم ٤١ سنة ١٩٤٤ م) قد نصَّت على أنَّ «كل شرط في عقد العمل يخالف أحكام هذا القانون يقع باطلاً، ولا يعمل به ولو كان سابقاً على صدور هذا القانون، ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل ولا يخالف العرف المتبع». وفي نطاق الملكية وضع التشريع المصري الحالي عنواناً للقيود على حق الملكية ذكر فيه (المواد ٨٠٦ ـ إلى ـ ٨٢٤ م م) ونص في المادة (٨٠٦ م. م) على أنَّه «على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين، والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة».

وهكذا دخلت القيود الكثيرة على سلطان الإرادة بشقيه، بل ازدهرت الشكلية الحديثة إلى حد ما، وزادت أهمية شكليـة الشهـر والأوراق التجارية[2] وأصبحت الإرادة تحاط بسياج يشتد، أو يضعف، يتسع أو ينكمش حسب فلسفة القانون التـي تسوده، ونزعته التي تسيطر عليه، هل هي نزعة ذاتية شخصية، أم نزعة موضوعية مادية؟؟ غير أنَّه مما لا شك فيه أنَّه لا يوجد تقنيين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين ونبذ بتاتاً الاتجاه الآخر، فالتقنين الألماني وهو عنوان النزعة الموضوعية المادية قد تأثر بالتشريعات ذات النزعة الشخصية الذاتية، والتقنين الفرنسي وهو عنوان النزعة الشخصية الذاتية قد تأثَّر كثيراً ـ كما سبق ـ بالتقنينات الجرمانية ذات النزعة الموضوعية المادية[3]، وكذلك التشريع الاشتراكي في الوقت الحاضر قد تأثر بكثير من النظريات ذات النزعة الفردية كالاعتراف بالملكية الفردية والحوافز المادية للعمال كما قد تأثرت التشريعات الغربية (الرأسمالية) بكثير من النظريات الاشتراكية مثل التسعيرة، ونقابات العمال وغيرها ـ كما سبق ـ.

ويمكن تلخيص القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة بأنَّها قيود واردة على الأفراد في مناقشة مضمون العقد كعقود الإذعان والقيود النموذجية ونحوها، أو ترد على حرية

---

(١) انظر د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص (٤٥).

وراجع د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط. مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٥٦ وبالأخص ص (١٧٣) وما بعدها.

(٢) د. فتحي عبد الرحيم. رسالته بالفرنسية في الأشكال الجديدة للشكلية ص (٢٢٤).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/ ١٠٠ ـ ١٠١).

التعاقد مثل بعض العقود أو الشروط التي حرم المشرع تداولها[1]، وبذلك نرى تراجعاً خطيراً عن مبدأ الرضائية حتى في القانون الفرنسي، فقد ثبت أنَّ الرضائية لم تستطع أن تشبع مطالب المجتمع الاقتصادية، والاجتماعية، فحتى في نطاق التجارة التي يفرض أن يكون التعامل فيها بسرعة أصبحت تلجأ إلى أشكال بسيطة[2] وما هذه القيود لدى التعمق والنتيجة إلاّ شكلية من نوع جديد[3].

هذه هي المراحل التأريخية للرضائية في التشريعات الغربية ذات الصبغة اللاتينية ابتداء بالقانون الروماني إلى عصرنا الحاضر، ونستكمل الحلقة بذكر الرضائية في الشرائع والنظم الأخرى بإيجاز.

الفرع الثالث
الرضائية في المذهب الاشتراكي

لا يسمح لنا بحثنا هذا بالخوض في المذاهب الاشتراكية إلاّ بالقدر الذي يتعلّق بمبدأ الرضائية، وأثرها على مبدأ سلطان الإرادة. فالنظرية الاشتراكية - عموماً - تقوم منذ البداية على تقديس الجماعة واعتبارها الهدف والغاية من القانون، واعتبار المجتمع وحدة متجانسة متضامنة بحيث تذوب فيها شخصية الفرد داخل المجموعة، وبالتالي إلغاء الملكية الفردية وجعل الدولة مالكة لكل شيء، وتهدف الاشتراكية من حيث المبدأ إلى أن تفرض الدولة نفسها بقوانينها على الأفراد، وتقوم بإدارة كل مرافق الحياة من إنتاج، وتوزيع دون أن تترك للنشاط الفردي أثراً ملحوظاً، كما أنَّها تقوم بتأسيس الهيئات الجماعية كالنقابات والتعاونيات وتسخيرها لمصالحها العامة[4].

---

(١) د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد، ط. ١٩٧٩ ص (٥٨ - ٦٤)؛ ورسالته بالفرنسية، الشكلية في العقود ص (٢٢٤ وما بعدها).

(٢) د. فتحي عبد الرحيم، الشكلية في العقود بالفرنسية، ص (١٩٠ - ١٩١).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) انظر في تفصيل ذلك:

V. M. Chkhikvadse And Otheis: The Soviet Stat And The law, Publishers, 1969, P. 249.

و د. محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، رسالة دكتوراة بحقوق القاهرة ١٩٧١ م، ص (٣٢١)؛ ورفعت المحجوب، الاشتراكية، ص (١٤٣)؛ و د. طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص (٥٥)؛ و د. صوفي أبو طالب؛ مبادىء تأريخ القانون، ص (٣٨٧). =

وقد تجسمت هذه النظرية الاشتراكية في التشريعات السوفيتية القديمة حيث لم يكن فيها الكلام على الملكية الفردية إطلاقاً، بخلاف التشريعات الحديثة ـ كما نرى ـ حيث سمحت للملكية الفردية وإن كانت على شكل ضيِّق وعلى سبيل الاستثناء، فلنلق بصيصاً من الضوء على هذا التشريع السوفيتي. فقد نص القانون المدني الجديد لجمهوريات روسيا الاتحادية الاشتراكية المصدق عليه في ١١ يونيه ١٩٦٤ م[1] في المادة (٩٤)[2] على أنَّ «الدولة هي المالك الوحيد لجميع أموال الدولة» وأموال الدولة تشمل بالإضافة إلى الهيئات والمؤسسات الحكومية كل شيء داخل حدود الدولة وهذا ما بينته المادة (٩٥) حيث نصت على أنَّه: «تكون في ملكية الدولة: الأرض، وجوفها، والمياه، والغابات والمصانع، والمعامل والمحاجر، والمناجم، والمحطات الكهربائية، ووسائل النقل بالسكك الحديدية، أو النقل المائي، أو الجوي، أو بالسيارات، والبنوك، والبريد، والبرق، والتليفون، والمشارع الزراعية، والتجارية، والبلدية، وغيرها من المشاريع التي تنظمها الدولة، وصندوق الإسكان الأساسي في المدن، وفي البلاد التي تشبه المدينة بصفاتها، ويجوز أن يكون في ملكية الدولة كذلك أي مال آخر..».

وأما نصيب الفرد من الملكية الشخصية فهو لا يتجاوز بعض حاجات ضرورية فقد نصَّت المادة (١٠٥ م س) على أنَّه «يجوز لكل مواطن أن يمتلك ملكيةً شخصيةً دخل العمل، والمدخرات، وبيت السكن (أو جزءٌ منه) والمزرعة الصغيرة، وأدوات التدبير المنزلي والاستعمال اليومي المخصصة لاستهلاك المواطن وراحته».

ونصَّت المادة (١٠٦ م س) على أنَّه «لا يجوز أن يكون للزوجين المقيمين معاً،

= وراجع كذلك: أسس التشريع لاتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية، ترجمة د. ثروت الأسيوطي، طبعة وإشراف دار التقدم بموسكو عام ١٩٧٤؛ والقانون المدني السوفيتي، ترجمة د. أنيس الأسيوطي، ط. دار التقدم ١٩٧٣؛ وأساسيات التشريع المدني لاتحاد الجمهوريات السوفيتية، ترجمة د. محمد لبيب شنب، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص (٣٠٤).

(١) اعتمدنا في نقل هذه المواد على النص الرسمي للقانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفيتية، ترجمة وإشراف دار التقدم بموسكو ط. ١٩٧٣.

(٢) وهي تعادل المادة (٢١) من قانون اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية المصدق عليه في ٨ ديسمبر ١٩٦١ النص الرسمي لأسس التشريع لاتحاد الجمهوريات الاشتراكية، إشراف دار التقدم بموسكو على الترجمة إلى العربية، ط. ١٩٧٤.

ولا لأولادهما القصر إلاَّ بيت سكني واحد (أو جزء من البيت) يخص أحدهم على سبيل حق الملكية الشخصية، أو يكون في ملكيتهم المشتركة» ونصت هذه المادة نفسها على أنَّه «لا يجوز لأقصى مقدار من البيت السكني، أو جزء منه الذي يخص المواطن على سبيل حق الملكية الشخصية أن يتجاوز ستين متراً مربعاً» لكن هذه المادة نفسها أجازت لمجلس نواب الكادحين أن يسمح لبعض الأشخاص على سبيل الاستثناء الحق في مساحة سكنية إضافية أن يبني بيتاً (أو جزءاً من البيت) ذا مقاس أكبر أو أن يكتسب مثل هذا البيت». وهذا ـ كما لا يخفى ـ مدخل جيد لأصحاب الوظائف العليا والطبقات العليا من الحزبين أن يحصلوا على بيوتات فارهة وبذلك لم تتحقق المساواة المنشودة في النظام الاشتراكي، إذ لا يتصور أن يعيش كبار الحزبين مثل عامة الشعب من جميع النواحي.

ومع اعتراف القانون السوفيتي الجديد بهذا القدر من الملكية الشخصية كاستثناء من النظرية الاشتراكية إلاَّ أنَّه قرر بأنَّ هذه الملكية لهذه الأشياء الضرورية ليست مطلقة بل ملكية حيازة وانتفاع في حدود ضيقة جداً، حيث نصَّت المادة (١٠٥ م س) على أنَّه «لا يجوز استخدام الأموال الكائنة في الملكية الشخصية للمواطنين لاستدرار دخل غير مكتسب بالعمل» فليس لمالك المسكن، أو المزرعة الصغيرة أن يؤجر جزءاً منه ويستفيد من ريعه، وإذا ثبت ذلك يسحب البيت أو جزء منه دون تعويض ومقابل عن طريق القضاء وهذا ما نصت عليه المادة (١١١م س). بل أكثر من ذلك يدل منطوق المادة (١٤١م. س) على: «أنَّ مالك المسكن إذا أهمل العناية به جاز للجنة التنفيذية للمجلس المحلي أن تحدد للمالك موعداً مناسباً لإصلاح البيت، فإذا لم يجر المواطن ـ دون أسباب مقبولة ـ الإصلاح الضروري جاز للمحكمة بناء على دعوى من اللجنة التنفيذية لمجلس نواب الكادحين في المنطقة أو المدينة أن تسحب دون تعويض: البيت الذي أهمل صيانته، وتنقله إلى صندوق المجلس المحلي». فهذه المادة صريحة بدلالتها الواضحة على أنَّ الملكية الشخصية ـ حسب فهمنا ـ ليست ملكية بمعناها الحقيقي، وبعبارة أخرى ليست ملكية للرقبة، والانتفاع معاً بل ملكية الانتفاع فقط وإذا تصورنا نصيب الفرد من الملكية الشخصية على هذا القدر وفي الحدود الضيِّقة جداً نرى مقدار ما يتمتع به الفرد من الإرادة فأنى يكون له سلطان أو إرادة؟.

وأما سلطان الإرادة للهيئات المشرفة على أموال الدولة فهو في نطاق ضيِّق فقد بينت المادة (١٣٧ م س) قائمة الأشياء التي لا يجوز بيعها أو اكتسابها حتى لهيئة أخرى إلاَّ بإذن خاص نظراً لأهميتها الذاتية للاقتصاد الوطني، أو بسبب أمن الدولة، أو لغير

ذلك من الأسباب التي يراها القانون فقد نصَّت على أنَّه «لا يجوز أن يكتسب إلاَّ بالطرق وفي الحدود المقررة في تشريع اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية: الذهب، والفضة، والبلاتين، ومعادن المجموعة البلاتينية عملة أو سبائك، أو في الشكل الخام، والعملة الأجنبية وسندات الدفع (الكمبيالات، والشيكات والحوالات. . .) المحررة بعملة أجنبية. . . والأسهم والسندات. . .».

وفي نطاق العقود فقد نصَّت المادة (١٦٠ م س) على أنَّه «يعتبر العقد منعقداً حينما يتوصل الطرفان إلى اتفاق حول كافة بنوده الجوهرية، وفي الشكل المطلوب حسب مقتضيات القانون. . .». فقد استلزم النظام القانوني السوفيتي للملكية الاشتراكية للدولة تضييق مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لسلطة الهيئة الحكومية (سلطة المشروع الاشتراكي) في إبرام العقود الاقتصادية، فلم تعد السلطة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية في إبرام العقود في جميع الحالات، بل نرى أنَّ هناك حالات كثيرة يكون إبرام العقد فيها واجباً مفروضاً عليها دون حرية أو اختيار، وأحياناً لا تستطيع إبرامها إلاّ بإذن خاص من الجهات العليا[1] وأحياناً تترك لها حرية إبرام العقد لكن مع فرض قيود معينة عليها، فقد نرى أنَّ الخطة التي وضعتها الدولة توجب على كل من الهيئتين المتعاقدتين (أو المشروعين المتعاقدين) الالتزام بإبرام عقد معين بينهما، ولا تقف عند هذا الحد، بل تبين بوضوح كلًّا من طرفي العقد، وموضوعه، بل وتأريخ إبرامه، بحيث لا يكون أمام الهيئتين (أو المشروعين) إلاَّ إبرام العقد بالكيفية التي نصَّت عليها الخطة، فليس لهما أي حرية تعاقدية، ولا فرض شروط أخرى أو الانتقاص منها، وهذا ما نصَّت عليه المادة (٣٤)[2] حيث قضت بأنَّه: «يجب أن تتفق محتويات العقد المبرم على أساس خطة مقررة. . .» ولذلك ثار النقاش والجدل حول تكييف هذا النوع من العقود فيرى بعض أنَّ الالتزامات الموجودة في نصوص العقد وأحكامه في هذه الحالة تعتبر التزامات موجودة سابقاً في الخطة وعلى ضوء هذا لا يكون العقد الذي تمَّ بينهما إلاَّ إضفاء للصبغة التعاقدية ـ من الناحية

(١) كما نصت على ذلك المادة (١٣٧) من القانون السوفيتي الصادر في ١١ يونيه ١٩٦٤.
وراجع: قانون اتحاد الجمهوريات.

(٢) أسس التشريع المدني المادة (٣٣، ٣٤، ٣٥).
أي من أساسيات التشريع المدني لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية، والجمهوريات المتحدة، ترجمة د. محمد لبيب شنب.

الشكلية ـ على أحكام موضوعة، ونظام موضوع[1]. ولا يخفى أنَّ هذا النوع من العقود إنَّما هو أثر متخلف من آثار مرحلة شيوعية الحرب حيث كانت الخطة تنفذ طبقاً لتعليمات إدارية صارمة تلزم مشروعاً معيناً بإنتاج، أو تسليم، أو تسلم، أو تعاقد مع مشروع معين، بمواصفات معينة، وبطريقة محددة آمرة لا تقبل النقاش[2]. ويرى بعض آخر أنَّ إبرام هذه العقود الإلزامية لا يخلو من أثر قانوني من ناحيتين: الناحية الأولى: أنَّ إبرام هذه العقود يعتبر أداة للرقابة القانونية والاقتصادية بحيث تستطيع الدولة من خلالها مراقبة مدى تنفيذ كل مشروع، أو هيئة للالتزامات الملقاة على عاتقه بواسطة الخطة.

الناحية الثانية: أنَّ إبرام مثل هذه العقود يلعب دوراً نفسياً مهماً يمنح إسناده إلى المشروع والقائمين على إرادته شعوراً بذاتية وتلقائية التصرفات التي يبرمها[3].

على أنَّه من الجدير بالذكر أنَّ المادة (٣٠) من أساسيات التشريع المدني السوفيتي[4] تنص على أنَّه «في حالة العقد ينتقل الملكية (وبالنسبة لهيئات الدولة حق الإدارة الفعلية على الشيء) إلى المكتسب بمجرد تسليم الشيء ما لم ينص القانون أو العقد على غير ذلك ويعتبر التسليم تاماً بمناولة الشيء للمكتسب... ويعتبر الشيء في حكم تسليم الشيء تسليم سند الشحن أو أي سند آخر».

فهذه المادة صريحة في أنَّ العقد ليس بوحده ناقلاً للملكية وإنَّما تنتقل الملكيةبالتسليم مما يبعد العقود عن الرضائية المعهودة في التشريعات الحديثة ذات الصبغة اللاتينية.

فعلى ضوء ما سبق نرى أنَّ الفكر الاشتراكي قد استبعد مذهب سلطان الإرادة، بل ألغى الملكية الفردية إلَّا على سبيل الاستثناء، ولذلك لا تزدهر العلاقات التعاقدية، ولا يكون للعقد أي دور إلَّا على نطاق الهيئات والمشروعات، وحتى في نطاق الهيئات فإنَّ العقد في الواقع تنفيذ لما وضع في الخطة سابقاً[5].

---

(١) د. نزيه محمد، رسالته السابقة، ص (٣٢١) ومصادره المشار إليها.

(٢) د. نزيه، المرجع السابق، و (V. M. C. And Others). المرجع السابق ص (٢٤٧).

(٣) المرجع السابق، ص (٣٢٢).

(٤) ترجمة د. محمد لبيب شنب المنشور في مجلة العلوم القانونية ص (١٧).

(٥) راجع (V. M. C. And Others) المرجع السابق، ص (٢٤٧ ـ ٢٤٩)؛ و د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٣٩٠) والمصادر السابقة؛ و د. بشري جندي، مصير نظرية عيوب الرضا في القانون الاشتراكي، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة، إبريل ١٩٦٨، ص (٤٢٨).

الفرع الرابع
الرضائية في القانون الإنجليزي(١)

لم يكن القانون الإنجليزي يعرف الرضائية ابتداء من القبائل الصلتية التي سكنت الجزر البريطانية ثمَّ الرومان (عام ٥٥ ق م) الذين فرضوا قانونهم بما فيه الشكلية عليهم، ثمَّ عصر الأنجلو سكسوني (٤٤٩ م) الذي تأثر قانونهم بالقانون الكنسي

---

(١) القانون الإنجليزي قانون قضائي، فهو عبارة عن القواعد التي أخذت من السوابق القضائية. ولقد مرَّ القانون الإنجليزي بمراحل، فكان التشريع والقضاء لدى القبائل الصلتية التي سكنت الجزر البريطانية وفرنسا من اختصاص هيئة دينية تسمى (Filè) ثمَّ فتحها الرومان عام (٥٥ ق م) وفرضوا قانونهم عليهم، ثمَّ ظهر عصر الأنجلو سكسوني نسبة إلى القبائل الجرمانية التي غزت الجزر البريطانية في (٤٤٩ م) وطردت الروم عنها وهي قبيلة الإنجليز (Angles) والسكسون (Saxons) مع قبيلة جيت (Juto) فكونت دويلات ثمَّ توحدت في القرن التاسع الميلادي.

والتقنين الأنجلو سكسوني بدأ بظهور تقاليد عرفية دوِّنت في مجموعات قانونية، ظهر أولها في القرن السابع الميلادي عندهم ثمَّ تأثرت ببعض القواعد المسيحية بعد انتشارها في القرن السادس، وطبق القانون الكنسي في المسائل الدينية، وعلى الشؤون المتعلقة بالكنيسة، ولم يكن القضاء المدني منفصلاً، إذ كان الأسقف يجلس في محكمة المقاطعة ويشترك أحياناً في الفصل في بعض القضايا الدينية، وفي العصر النورماندي الذي بدأ عام (١٠٦٦ م) فصل القضاء المدني عن القضاء الديني واشتد التنافس بينهما إلى أن انتصر القضاء المدني في القرن الثالث عشر على القضاء الكنسي، وبذلك توحد القضاء وحصر في المحاكم الملكية، وسمي القانون الذي تطبقه باسم (Common Law) أي القانون العام ـ أو العادي ـ الواجب تطبيقه على السكان تمييزاً له عن القانون الكنسي، وجعل السوابق القضائية المتمثلة في التقاليد والمبادىء القانونية التي أقرَّتها المحاكم أهم مصدر له، بل قدستها المحاكم العادية، باعتبار أنَّها تحوي جميع الحلول كما حرمت نفسها من القانون الروماني، والقانون الكنسي، وبذلك جَمَّدَتْ القانونَ وحصرت نفسها في دائرة السوابق القضائية، فأدَّى ذلك إلى ظهور مشاكل وتظلمات كثيرة تمخضت من إنشاء محكمة المستشار التي لا تلتزم بالسوابق القضائية بقدر ما تلتزم بقواعد العدالة، وأسندت أحكامها إلى «ضمير الملك»، ثمَّ ظهر التناقض في الأحكام بين هاتين المحكمتين منذ القرن الخامس عشر فأدى إلى صدور قرارات القضاء في (١٨٧٣ م ـ ١٨٨٥ م) التي وحَّدت جهات القضاء والقانون، ونظمت المحاكم العادية والاستشارية على أساس واحد ورجحت كفة قانون العدالة على القانون العادي في حالة التعارض. =

وانتهاء بالعصر النورماندي الذي بدأ منذ (١٠٦٦ م) فقد كانت المحاكم العامة (العادية) تسير على مبدأ الشكلية، فكانت تعتبر الالتزام ملزماً للمدين إذا توافر جميع شروطه الرسمية دون أن تعبأ بتخلف سبب الالتزام، أو كون إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب كالتدليس مثلاً، والقانون العام (Common Law) لا يعترف بانتقال حق الملكية من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر إلاَّ إذا كان قد اتبع في نقلها إجراءات وطرق خاصة شبيهة بإجراءات وطرق نقل الملكية في القانون الروماني، غير أنَّ قانون العدالة (الذي أنشأ منذ القرن الرابع عشر الميلادي) اعترف بحق الملكية الذي انتقل دون اتباع الإجراءات الخاصة[١]. وظلَّ القانون الإنجليزي لا يعرف مبدأ الرضائية رغم انتمائه إلى النظام الحر، وإن كانت شكليته تختلف كثيراً عن نوعية الشكلية السائدة في القانون الروماني[٢].

فالقاعدة العامة في القانون الإنجليزي هي وجوب وجود مقابل في العقود الشفوية والرسمية[٣] أو الشكل في العقود المكتوبة. هذا ما أوضحه اللورد بارون (Baron

---

= انظر:

J. F. Wilson: Principles Of The Law Of Contract, London, 1957, P. 70 - Williston: The Law Of Contracts Baker, Voorhis, N. Y. 1920, P. 6 (Maitland),

وبولوك تأريخ القانون الإنجليزي ص (٢١٩).

وراجع: د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٢٠٣ - ٢٠٦) و ص (٢٥٧ - ٢٥٩) و ص (٣٤٧ - ٣٥٦)؛ و د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد في القانونين المصري والإنجليزي المقارن، ط. القاهرة ١٩٧٩، ص (٦٧) ورسالته السابقة الإشارة إليها ص (٦).

وراجع:

David Et Autres: Introduction Alètude Du Droit Prive De L'Angletrre, Paris 1948, P. 15 - 18.

(١) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٢٥٥) والمصادر السابقة.

(٢) د. فتحي عبد الرحيم، الشكلية في العقود، ص (٧٣) وما بعدها، والعناصر المكونة للعقد ص (٦٧).

(٣) الرسمية أو الشكل في القانون الإنجليزي تتمثل في شكل وثيقة مكتوبة موقعة، من قبل الطرفين ومشمعة. يقول اللورد (Goddard): إنَّ حجية الوثيقة تكمن في التوقيع دون الشمع، ويقول ولستون أستاذ القانون بجامعة هارفرد: في القانون الأنجلو- أمريكي سبيلان تصبح الوعود عن طريقهما ملزمة وهما:

١ - التعامل في صورة معينة رسمها القانون.

(Skyaner) عام (١٧٧٨ م) في قضية R. V. Hughes حيث قال: إنَّ العقود تنقسم حسب قوانين إنجلترا إلى اتفقات رسمية، واتفاقات شفوية، ولا يوجد نوع ثالث لها، فإن كانت مكتوبة دون الشكل الرسمي فتكون عقوداً شفوية ويجب إثبات المقابل[1] ومع ذلك فإنَّ القانون الإنجليزي قد تأثَّر بالنزعة الفردية التي سادت أوروبا في القرن التاسع عشر الميلادي، فدعـا إلى حرية التعاقد كثير من قضاته البارزين منهم اللورد براموول (Lord Bramwell) في حكم مشهور له سنة (١٨٧١ م) في قضية بريتش (British)[2] حيث حكم بضرورة وضوح الرضاء في التعاقد[3] كما حكم في قضية (Household) عام (١٨٧٩ م)[4] بإلغاء التعاقد لعدم وضوح الرضاء[5]، وأصبح الرأي السائد بينهم أنَّ الأطراف هم أفضل من يحكم مصالحهم طالما أنَّ تعاقدهم قد تمَّ بملء اختيارهم وحريتهم، وأنَّ مهمة القانون بعد ذلك هو ضمان أعمال التعاقد، ولا

= ٢ - والالتزام بمتطلبات تقتضيها طبيعة التعامل ولا بدَّ حينئذٍ من وجود المقابل وهذا ما يسمى بالعقد البسيط، والأول بالعقد الرسمي. والعقد الرسمي في النظام الأمريكي يعتمد على:

١ - الوعود الممهورة والمسجلة.

٢ - والاعتراف بصحة التعامل.

٣ - ووجود أدوات التفـاوض، ولا يتم العقد الشكلي إلَّا بعد بصم العقد بالختم.

انظر: J. F. Wilson المرجع السابق ص (٤٠ - ٤٧) و Samuel Williston The law of Contracts Baker, Voorhis, N. Y, 1920, P. 4 — 5 و (Chitty) المرجع السابق، ص (٤٠).

وراجع: د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد، ص (٦٧ - ٦٨).

(١) وقد أخذ قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤ في المادة (٣٠) بالمبدأ السائد في إنجلترا حيث اشترط المقابل أو الشكل لقيام العقد.

انظر: د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد ص (٧٤).

(٢) قضية:

British And American Telegraph Co. Ltd. V Colson (1871) L. R. 6 Ex. 108.

(٣) انظر:

Chitty: Contracts, London, 1961, P. 3.

(٤) قضية:

Household Fire Insurance Co. V. Grant (1879).

المشار إليها في شيتي، المرجع السابق، ص (٣).

(٥) انظر: (Chitty)، المرجع السابق، ص (٣).

يهم بعد ذلك إن كان أحد أطراف التعاقد أكثر قوّة اقتصادية من الطرف المقابل، كما أنّه يجوز أن يضمنوا العقد شروطاً تحد من المسؤولية طالما كان ذلك برضاء الطرف الآخر القابل لهذه الشروط[1]، غير أنَّ هذه الأفكار التي سادت القرن التاسع عشر سرعان ما فقدت رونقها، وأصبحت النظرية المعاصرة لحرية التعاقد هي أنَّ التعاقد يجب أن يكون معقولاً في أهدافه الاجتماعية، وإلى المدى الذي يحقق المعاملة العادلة، والمساواة في الحقوق والمسؤوليات بين أطراف العقد، وبحيث لا تضار في النهاية المصالح الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع. فمثلاً أصبحت حرية العقد مجرد وهم - على حد تعبير (Chitty)[2] إذا كان لا يسع أحد الأطراف إلّا الإذعان لمجموعة من الشروط اقترحها الطرف المقابل في العقد أو يجب عليه إن لم يذعن أن يستغني عن البضائع، أو الخدمات المعروضة وهذه العقود يسميها القانون الإنجليزي بالعقود النمطية الموحدة: (Standard Contracts) فالمسافر بقطار سكة الحديد لا يستطيع أن يساوم هيئة السكة على شروط السفر وكذلك أمثاله من عقود الإذعان ولذلك فإنَّ أحكام المحاكم الإنجليزية قد راعت هذه الظروف وقامت بحماية الطرف المذعن وقللت من مساوىء هذه العقود وبذلك ظهرت كثير من التشريعات بهذا الخصوص منها قانون البضائع بالبحر سنة (١٩٢٤) وقانون النقل الجوي سنة ١٩٣٢ م، وقانون النقل لسنة ١٩٤٧ حيث نصت المادة (٧٨) منه على أنّه: «لا يجوز النص في العقود على الحد من مسؤولية شركات النقل البري، أو سكة الحديد في حالة الإصابات التي قد تلحق بالراكب» كما جرت المحاكم على رفض عدد من الشروط الواردة في العقود والتي عمد فيها الطرف القوي إلى إعفاء نفسه من مسؤولية لا يجوز أن يتفاداها[3] وهذا ما سارت عليه المحاكم الأمريكية[4].

---

(١) انظر: (Chitty)، المصدر السابق، ص (٣)؛ وكتاب (Dicey) بعنوان: القانون والرأي في إنجلترا، الطبعة الثانية ص (١٥٠ - ١٥٨).

وانظر قضية:

Printing And Numerical Registering Co. V. Sampson (1975) L. R. 19 Eg 462 - 465 Par Jessel M. R.

(٢) (Chitty)، المصدر السابق، ص (٣ - ٤).

(٣) انظر: (Chitty)، المرجع السابق، ص (٤). وراجع مقال (Gower)، الوارد في العدد (١٧) من مجلة M. L. R للقانون سنة ١٩٥٤ ص (١٥٥).

(٤) المصادر السابقة.

هذا وقد كان القانون الإنجليزي يقدس مبدأ احترام العقود نظراً لأنَّه يناسب احتياجات مجتمع تجاري كمجتمع الإنجليز[1] وكانت القاعدة حتى سنة (١٨٦٣) هي أنَّ الطرف الذي يتعاقد بشروط مطلقة في العقد يظل ملتزماً بها بصرف النظر عن تغير الظروف بين وقت التعاقد ووقت التنفيذ[2] ولكن هذه القاعدة قد اهتزت من جراء حكم صدر سنة (١٨٦٣ م)[3] ولسنوات عديدة ظلَّ مبدأ احترام العقود يجري التوفيق على أساسه، واعتبار اتفاق الطرفين على تنفيذ أشياء وعلى عدم تنفيذ أشياء عندما تتلاشى الأسباب التي دعت إلى النص عليها ومعنى ذلك ـ حسبما فسَّره مجلس اللوردات في قضية (١٩٥٦) ـ افتراض وجود شرط لمعالجة حالة عدم التنفيذ[4] ومع ذلك ظلَّ مبدأ احترام العقود ركيزة أساسية في العقيدة القانونية الإنجليزية فلم يكن مجلس اللوردات يسمح بفسخ العقد عند العرض عليه إلَّا في ظروف تحتم الإلغاء، بل كان يميل إلى إقرار العقود باعتبارها أفضل تعبير لإرادة المتعاقدين ولم يكن للمحكمة إلى سنة ١٩١٦ سلطة فسخ العقد[5] ولذلك يمكن القول بأنَّ القانون الإنجليزي أقل استعداداً لقبول أعذار يقصد بها عدم التنفيذ من القانون الفرنسي والقانون الألماني[6] لكن هذا الأمر لم يستمر كثيراً حيث إنَّ المحاكم قد ترددت في بداية القرن العشرين بين تنفيذ العقد باعتبار أنَّ وظيفتها لا تصل إلى الحكم بما يخالفه، نظراً لأنَّها لا تبلغ في بعد النظر ما لأطراف العقد أنفسهم، إذ هم أدرى بمصالحهم، وبين إقرار العدالة والعمل بمقتضاها، ثمَّ صار الفهم العام للدور الذي تستطيع المحكمة أن تؤديه هو أن تستشف كفاءة الأداء العملي للعقد ثمَّ تقضي على هذا الأساس، وذلك لصعوبة التوفيق أحياناً بين مبدأ احترام العقود، ومبدأ افتراض وجود نصوص ضمنية، استهدافاً لمبدأ أشمل وهو «عدالة العقد ومعقوليته»[7].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك كتاب (Hughes Parry) بعنوان احترام العقود في القانون الإنجليزي: The Sonctity Of Contracts In English Law (1959).

(٢) انظر قضية: Paradine V. Jane (1647) Aleynzb المشار إليها في (Chitty) ص (٥).

(٣) انظر قضية:

Taylor V. Caldwell (1963) 3 B. 05. 8 26.

(٤) (Chitty)، المرجع السابق، ص (٥).

(٥) و(٦) انظر: (Chitty)، المصدر السابق، ص (٥).

(٧) انظر: (Hughes Parry) احترام العقود في القانون الإنجليزي، ط. ١٩٥٩ ص (١٥)؛ و(Chitty)، المصدر السابق، البند (٥) والبند (٣٧٢) وقضاياه التي ذكرها.

وهكذا دخلت القيود الكثيرة في حرية التعاقد واحترام العقود وذلك كله للتخفيف من حدَّة سلطان الإرادة في العقود الرضائية، وأمَّا العقود الرسمية أو الشكلية فقد عرفها القانون الإنجليزي كما يقول ولستون[1] قبل عدَّة قرون من الاعتراف بالعقد في صورته البسيطة حيث يكتسب الوعد حجيته القانونية في بصم العقد بالختم، ويقول الفقيه الإنجليزي (Pollock): «إنَّ العقود الممهورة كانت معروفة إبان حكم الملك ادوارد الأول. . . فكانت الاتفاقات تكتسب الصفة القانونية بتوثيقها»[2] فلا تـزال العقود المسجلة التي تتعلق ببيع الأراضي والعقارات تتطلب الكتابة، بموجب قانون الأملاك لسنة ١٩٢٥، وكذلك تتطلب الختم، فالختم كان معروفاً حتى قبل أن تصبح العقود المدونة شيئاً مألوفاً ولذلك يقول (Chitty): «ولا يعد العقد المكتوب عقداً لنقل الملكية بدون الختم، وعدا ذلك لا يهم إن كانت البصمة بالشمع أو أنَّ العقد مدوَّن على ورق»[3] وكذلك يتطلب العقد الرسمي التسليم ووضع اليد الفعلي على الأملاك والعقارات فقد قال اللورد (Manhin) في قضية Xenos V. Wickham (1863) 14 C. B. N.S (435 ،473) «عندما يكون العقد متعلقاً بنقل ملكية العقارات أو التصرف فيها لا بدَّ وأن يصحبها تنفيذ فعلي بالتمكين من وضع اليد[3]، ولا يتوقف الأمر عند بيع العقار بل كذلك الأمر في العقود مع الشركات حيث لا بدَّ أن تكون مختومة بخاتم الشركة الرسمي، حيث يمنع من تنفيذ العقد عند عدم وجوده[4] كما فرض المشرع الإنجليزي الكتابة كشرط أساسي في عقود التأمين البحري (بموجب قانون التأمين البحري لسنة ١٩٠٦ م المادة ٥٢) وفي عقود نقل ملكية الأسهم في الشركات العامة (بموجب قانون الشركات لسنة ١٩٤٨ المادة ٧٥) وفي الكمبيالات والسندات الإذنية (بموجب قانون الكمبيالات لسنة ١٨٨٢ المادة ٣) [4].

ثمَّ إنَّ قانون التزوير الإنجليزي لسنة (١٦٦٧ م)، قد نصَّ على: «أنَّ العقود لن يكون لها حجيتها في النزاع ما لم تكن محررة» وذلك بهدف استبعاد محاولات التزوير، وشهـادة الزور، واليمين الكاذبة ولذلك نص على أنَّه: «لا يجوز رفع دعوى بشأن عقد

---

(١) كتابه السابقة الإشارة إليه ص (٦).

(٢) انظر كتاب (Pollock) بالاشتراك مع (Maitland) بعنوان: تأريخ القانون الإنجليزي، الطبعة الثانية، لندن ص (٢١٩).

(٣) وراجع (Chitty) المرجع السابق ص (١٢)؛ و (Wilson) المرجع السابق ص (٧٥).

(٤) راجع في تفصيل ذلك: (Wilson) مبادىء قـانون العقـد في القانـون الإنجليزي، ص (٧٥ - ٧٨).

ما لم تكن شروطه مدونة، وموقعة على هذه الشروط بمعرفة الوكيل المعتمد للشركة» كما تنص المادة الرابعة منه على وجوب التدوين والتوقيع بمعرفة الوكيل المرخص له بالتعاقد، وذلك في العقود التنفيذية والإدارية بحيث لا تسمع الدعوى بغير هـذه الشروط... وكذلك في أحوال بيع الأراضي والإيجارات، والتصرف في الميراث... «وأوجبت المادة (١٧) أن يكون بيع السلع التي تزيد قيمتها عن عشرة جنيهات استرلينية على إثبات مكتوب (فاتورة) يبين طريقة الدفع ويكون موقعاً عليه» غير أنَّ التطورات الاقتصادية التي حصلت فيما بعد القرن السابع عشر أدَّى إلى إعادة النظر في صياغة مواد هذا القانون القديم (١٦٧٧ م) ووافق البرلمان على تعديله بقانون تنفيذ العقود (المعدل) في سنة (١٩٥٣ م) فلم يعد يشترط الإثبات بالكتابة إلَّا في نوعين من العقود هما عقد الضمان، وما يخص بيع الأراضي، أو الإيجار لفترة أكثر من ثلاث سنوات[١] حيث يتطلبان الكتابة والختم وأنَّه لا يجوز رفع دعوى لتنفيذ عقد لم يستوف شروطه[٢].

الفرع الخامس
الرضائية في القانون المصري القديم[٣]

لا تزال المعلومات حول تفصيلات القانون السائد في العصر الفرعوني قليلة لا تسعفنا بتكوين فكر قانوني متكامل حيث لم يصل إلينا حتى الآن ـ على الرغم من كل

---

(١) انظر: (Wilson) المرجع السابق ص (٧٨ ـ ٨١).

(٢) المرجع السابق ص (٨٩).

(٣) جرت عادة المؤرخين القانونيين على تقسيم عصور تأريخ القانون المصري إلى أربعة عصور، غير أنَّ هذه العصور لا تعني في الواقع المراحل الطبيعية له، ـ كما هو الحال في القانون الروماني حيث بدأ بعصر الطفولة ثمَّ النضج، ثمَّ الشيخوخة ـ وإنَّما المراد بها العصور السياسية وتلك العصور هي:

أولاً: العصر الفرعوني الذي يبدأ حوالي (٣٢٠٠ ق. م) وينتهي بعام (٣٣٢ ق. م) وتستقي المعلومات القانونية لهذا العصر مما اكتشف من الآثار كالنقوش التي وجدت على التوابيت أو الجدران ونحوهما، ومن أوراق البردى التي اكتشفت عام (١٧٧٨ م)، ومن النصوص التشريعية للملوك كاللفائف الأربعين التي عثر عليها في مقبرة الوزير (رخ مي رخ) وزير الملك «تحتمس الثالث» (١٤٩٠ ق. م ـ ١٤٣٦ ق. م).

ثانياً: العصر البطلمي (الإغريقي) الذي بدأ عام (٣٣٢ ق. م إلى ٣١ ق. م) حيث بدأ الإغريق بقيادة الإسكندر بغزو الشرق ومن ضمنه مصر.

ثالثاً: العصر الروماني الذي بدأ بغزو الرومان لمصر عام (٣١ ق. م) وانتهى بفتح المسلمين سنة =

الاكتشافات الأثرية ـ قانون مصري مكتوب قديم[1] قد دوِّن على شكل فصول ومواد ـ كما نرى في القانون الروماني، والحمورابي ـ وإنَّما كل ما وصلنا هو بعض وثائق في شكل مراسيم، أو عقود شخصية، أو نصوص أدبية، غير أنَّها تعطينا فكرة حول النظام القانوني في مصر القديمة[2] وقبل أن نخوض في غمار الرضائية في هذا العصر لا بدَّ أن نضع أمام أعيننا أن نظام الحكم في العصر الفرعوني كان قائماً على تأليه الملك، ولذلك يكون من نتائجه الطبيعية أنَّ الأراضي كلها ملك للملك من الناحية النظرية، وأنَّ الأفراد لا يتمتعون بحق تملك الأرض ملكية تامة[3]. فعلى ضوء هذا يكون نطاق

= (٦٤١ م) وكان المبدأ السائد في هذين العصرين هو شخصية القوانين فلم يطبقوا قوانينهم على المصريين، كما حرموهم من حقوقهم السياسية، والمدنية.

رابعاً: العصر الإسلامي الذي بدأ بفتح المسلمين لمصر، وطرد الروم عنها عام (٦٤١ م) فدخل غالبية الشعب في الإسلام، وبقي البعض على دينه متمتعين بالحرية الدينية وأصبحت مصر جزءاً هاماً من العالم الإسلامي يطبق فيه شرع الله الذي جعل الناس سواسية كأسنان المشط، والذي يكمن مصدره في الوحي الإلٓهي كالقرآن والسنة، وأمَّا الإجماع والقياس ونحوهما فتبع ومدلول عليه بالوحي.

انظر: أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٣٥٨ ـ ٦٢٢)؛ وتأريخ النظم القانونية ص (١٥٣ ـ ١٩٧)؛ وبيل (Bil) مصر من الإسكندر إلى الفتح العربي، ط. ١٩٤٦، ترجمة الأستاذين عبد اللطيف أحمد، ومحمد عواد حسين، ط، القاهرة ١٩٥٤؛ و د. شفيق شحاتة، التاريخ العام للقانون في مصر القديمة والحديثة، ط. القاهرة ١٩٥٨، ص (١٠) وما بعدها؛ و د. محمد كامل ليلة، المبادىء الدستورية العامة والنظم السياسية، ط. القاهرة سنة ١٩٥٧، ص (١٥٤) وما بعدها؛ وزكي عبد العال، تأريخ النظم، ط. القاهرة ١٩٣٥ ص (١١٤) وما بعدها؛ والأستاذ أحمد فخري، مصر الفرعونية، ط. القاهرة ١٩٥٧، ص (٤٤) وما بعدها.

(١) وقد ذكر المؤرخون أنَّ مصر قد عرفت عدَّة قوانين مدوَّنة كان من أهمها قانون: (بوكخوريس) الذي أصدره فيما بين سنة (٧١٨ ق. م و٧١٢ ق. م) وقد جمع هذا القانون جميع النظم والقوانين المصرية التي كانت سائدة آنذاك وقد استمر العمل بهذا القانون في مصر إلى سنة (٢١٢ ق. م) وقد سماه الإغريق بقانون العقود وكان يطبق على المصريين دون الإغريق.

ولم تصل إلينا النصوص الكاملة لهذا القانون، وإنَّما ذكر المؤرخون القدامى بعض نصوص عنها. انظر المصادر السابقة، و د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص(١٦٣ ـ ١٦٤)، وتأريخ النظم ص (١١٤).

(٢) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم القانونية، ص (١٥٤) والمصادر السابقة.

(٣) من هذا الرأي رويز في مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٤ ص (٣٣٥) حيث ذهب إلى أنَّ الملكية الفردية لم يكن لها وجود في العصر الفرعوني لكن ذهب جماعة منهم أستاذنا الدكتور =

سلطان الإرادة والرضائية ضيقاً، وأياً ما كان فقد وصلتنا وثائق تدل على وجود الملكية الفردية، ووقوع العقود الكثيرة التي نستشف منها أنَّ النظام في المرحلة الأولى[1] من (٢٧٨٠ق م ـ ٢٢٧٠ق م) قد تميز بقوة السلطة المركزية وتنشيط التجارة التي سادتها النزعة الفردية، والملكية الفردية، وحرية التعاقد والتملك وتشير الوثائق إلى أنَّ الملكية كانت مطلقة وكاملة اجتمعت فيها كل عناصر الملكيـة من استعمال، واستغـلال وتصرف، وأنَّ هذه الملكية تنتقل إلى الورثة، وأنَّ المالك يستطيع التصرف في ملكه ببيع، أو إجارة، أو هبة غير أنَّ التصرفات الناقلة للملك توثق، وتسجل في ديوان الخاتم، ومكاتبه المختلفة في الأقاليم حيث توجد دفاتر بها أسمـاء قطع الأرض وملاكها، وما يحدث فيها من تصرفات قانونية[2].

وتشير الوثـائق إلى أنَّ حركة التجـارة كانت مـزدهرة في مصـر، حيث لم تكن مجتمعـاً زراعياً مقفـلاً، بل كـانت لها صلة تجـاريـة وثيقـة بجيـرانهـا من آسيا كسوريا حيث ترد إلى مصر منها المعادن والأخشاب، وبإفريقيـة في النوبـة والسودان حيث يرد إليها الذهب والعـاج والأبنوس، ونتيجـة لذلـك ظهرت عـدَّة

= صوفي أبو طالب في، مبادىء تأريخ القانون، (ص ٤٤٤)؛ و د. شفيق شحاتة في، التأريخ العام للقانون، ص (٤٥) إلى وجود الملكية الفردية، وأنَّ تملك فرعون مصر لأراضيها لم يكن مطبقاً على إطلاقه.

(١) قسم علماء التأريخ السياسي العصر الفرعوني إلى ثلاثة عصور رئيسية:

الأول: عصر الدولة القديمة (٢٧٨٠ ق. م ـ ٢٢٧٠ ق. م) ويشمل مدة حكم الأسرات: الثالثة، والرابعة، والخامسة، والسادسة، وقد ازدهرت الحضارة وبنى فيها أهرامات الجيزة لم تصل إليها فيما بعد، وأعقبت الدولة القديمة فترة انهيار امتدت من (٢٢٧٠ ق. م إلى ٢١٣٤ ق. م).

الثاني: عصر الدولة الوسطى (٢١٣٤ ق. م ـ ١٧٨٠ ق. م) وهي مدة حكم الأسرتين الحادية عشرة، والثانية عشرة أعقبتهما فترة اضطراب بسبب دخول الهكسوس مصر في (١٧٨٠ق.م. وامتدت إلى ١٥٧٠ ق. م.).

الثالث: عصر الدولة الحديثة (١٥٧٠ ق. م ـ ٩٠ ق. م) أعقبها انهيار ثمَّ حكم الأسرات من الحادية والعشرين إلى السادسة والعشرين، وانتهى باحتلال الفرس لمصر عام (٥٢٥ ق. م) ثمَّ طردهم في (٤١٠ ق. م) ثمَّ استقلال مصر، ثمَّ عودة الفرس في (٣٤١ ق. م) ثمَّ انتزع الإسكندر مصر منهم في (٣٣٢ ق. م).

انظر: المصادر السابقة، وراجع د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم القانونية، ص (١٥٦)، وتأريخ مبادىء القانون ص (٤١٥).

(٢) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١٨٩ ـ ١٩٠).

عقود سجلتها النقوش والوثائق، من أهمها عقود بيع، وإجارة، ووصايا، فأقدم عقد وصل إلينا هو ملخص عقد بيع دار وجد منقوشاً على نصب من الحجر بالجيزة يرجع تأريخه إلى عهد الملك خوفو من الأسرة الرابعة (أي حوالي ٢٥٠٠ ق. م) وهو بيع تمَّ بين الكاتب (تنتي) والكاهن(كيمابو)، وقيم بثمن قدره عشرة شعت(١) ثمَّ الوفاء به عن طريق استبدال بعض الأشياء به، فيستشف من خلال هذا العقد وغيره مما وصل إلينا أنَّ حرية التعاقد كانت مطلقة في هذا العصر، فالشخص يستطيع أن يبيع ويشتري كيفما يشاء، وأن يوصي بماله لمن يشاء، أو يهبه دون عوض، لكن هذه العقود كانت تدون كتابة وتسجل بمكاتب التسجيل بديوان الخاتم، وأنَّ العقد كان يحضره شهود ويوقعون عليه كما تبين من خلال نصوصه أنَّ أثر العقد كان فورياً حيث لم تشر إلى التزام البائع بنقل الملكية، ولا التزامه بتسليم العين، ذلك أنَّ الملكية كانت تنتقل بقوَّة القانون فور تسجيل العقد، وقد ثار جدل كبير حول كون العقود في هذا العصر رضائية أم شكلية؟ فذهب البعض إلى كونها شكلية، لأنَّ عبارة الملتزم تستهل بقسم بحياة الملك، وأنَّ هذا القسم هو الذي يعطي القوة للالتزام بحيث لم يكن الالتزام لينشأ لولا هذا القسم، وذهب آخرون إلى أنَّها رضائية، وأنَّ الالتزام كان ينشأ بعبارة الملتزم وحدها(٢)، ومن جهة أخرى تشير وثيقة البيع السابقة إلى أنَّ المشتري قد دفع الثمن عن طريق استبدال بعض الأشياء به، وتسليم هذه الأشياء إلى البائع فلم يبق على عاتقه التزام مما أثار جدلاً حول تفسيره، حيث اعتبره البعض عقداً عينياً ـ أي أنَّ التسليم ركن فيه ـ والبعض الآخر ينكر عليه هذا الوصف، ويعتبره عقداً رضائياً، غير أنَّ العقد كان ـ على الرأي الغالب ـ وإن كان يتم بتبادل الإيجاب والقبول لكنه لم يكن ينشىء الالتزام على عاتق طرف واحد ـ وهو البائع في البيع ـ بل مصدر هذا الالتزام هو عبارة المتعاقد بشروطها، وليس التوافق بين الإرادتين(٣).

ثمَّ ظهر في المرحلة الثانية (٢١٣٤ ق. م ـ ١٧٨٠ ق. م) نظام الإقطاع الذي انكمشت فيه دائرة الملكية الفردية الصغيرة، وتملك قلةٌ جميع الأراضي إلاَّ قليلاً على حساب عامة الشعب الذين لم يبق أمامهم إلاَّ الانتفاع بها، فقد تنازل الملك عن كثير

(١) الشعت: عملة حسابية كانت تساوي حوالي سبعة ونصف جرام من الذهب، وكانت تستخدم في الحساب فقط، ولا يوفي بها.
انظر: د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم ص (١٩٤).
(٢) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١٩٤ ـ ١٩٥).
(٣) المرجع السابق ص (١٩٤ ـ ١٩٥).

من الأراضي لفئة قليلة إرضاء لهم، فظهرت بجانب الملكية الفردية الملكية الناقصة أو ملكية المنفعة وهي تخص الأراضي الإقطاعية حيث كانت الرتبة للملك، والمنفعة للإقطاع، ثمَّ يقوم الإقطاعي بتأجيرها إلى الفلاحين فيصبحون مع الأرض ملكاً له من حيث الانتفاع، وملكاً للملك باعتباره الإله! كما يزعم (تعالى الله عما يقول) وترتب على ذلك أنَّ الأفراد لا يتمتعون بحق التملك الكامل، بل لهم حق الانتفاع على سبيل المنحة من الملك، فعلى ضوء هذا يكون نطاق الإرادة والرضائية في غاية من الضيق، ثمَّ لما ضعفت سلطة الملوك ظهرت طبقتان: طبقة الأشراف السادة، وطبقة عبيد الأرض الذين يقومون بالعمل داخل الأرض المقطوعة، فهؤلاء ملازمون للأرض، ولا يستطيعون مغادرتها، أو تغير مهنتهم، وهم وورثتهم مرتبطون بالسيد وأرضه، كما زادت السلطة الأبوية التي سيطرت على الأسرة سيطرة كاملة، بما في ذلك تقييد حرياتهم، ثمَّ تنتقل هذه السلطة إلى الإبن الأكبر بعده، وقرر إخضاع المرأة لوصاية زوجها[1].

ويمتاز هذا العصر الثاني بتضييق نطاق حرية التعاقد، وخضوع العقد للشكليات التي يفرضها القانون والتي تتمثل في صدور التعبير عن الإرادة شفاهة أمام أمير الإقطاعية مصحوبة بيمين في حضرة الشهود، لكنها لم تحتج بعد ذلك إلى كتابتها ولا توثيقها، كما يتبين من وثائق هذا العصر أنَّ الإجارة لم تصبح رابطة تعاقدية، بل أصبحت علاقة قانونية تخضع لنظام التبعية، حيث كان مستأجر الأرض هو وورثته وكذلك العامل تابعين للأرض، كما أصبح جزاء الإخلال بالالتزام جزاءً تأديبياً، وجنائياً بالإضافة إلى الجزاء المدني، فإذا ما أخلَّ الفلاح أو العامل بالتزاماته تجاه سيد الأرض فإنَّ للسيد الحق في تأديبه وضربه بالعصا[2].

ولم يختلف الأمر كثيراً في العصر الثالث الذي يبدأ من (١٥٧٠ ق. م إلى ١٠٩٠ ق. م) حيث زاد انتشار النظام الإقطاعي إلى أن نشبت ثورة شعبية[3] بعد سقوط الأسرة السادسة استهدفت إصلاح الحالة الاجتماعية، ورفع الحيف والظلم الذي حاق بالشعب، وأدَّت بالفعل إلى أن انقلبت الأوضاع الاجتماعية، وتحطمت الحواجز

---

(١) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٤٤٦ ـ ٤٦٢) والمراجع السابقة.

(٢) المصادر السابقة و د. صوفي، تأريخ النظم، ص (١٩٦)؛ وولسون، الحضارة المصرية، ص (١٨٥ ـ ١٩٠).

(٣) انظر وصف هذه الثورة والوثائق حولها في: بريتد، فجر الضمير، ص (١٩٢ ـ ٢٣٩)؛ وولسون، الحضارة المصرية، ص (١٨٥ ـ ١٩٢).

وتمخضت عن انتشار فكرة المساواة في الحقوق والالتزامات[1] وبذلك نشطت حرية التعاقد، وأصبح للإرادة أثر في العقود، بل عادت للإرادة حريتها في التعاقد، فقد وصلتنا بعض وثائق هذا العصر تشير إلى أنَّ المرأة كانت تتعاقد باسمها سواء كطرف دائن أو مدين[2] كما أنَّها كانت توقع على العقود باعتبارها شاهدة[3]، كما كان لها أن تتزوج بمحض إرادتها، وتشترط ما تشاء من شروط في عقد الزواج حيث كانت باستطاعتها اشتراط أن تكون العصمة بيدها[4] لكنَّ هذا الأمر ما لبث أن تغير فتأثَّر القانون المصري بالقانون الإغريقي بعد حكم الإغريق لمصر سنة (٣٣٢ ق. م) في عدم أهليتها أهلية كاملة فأمر الملك بطليموس الرابع (٢٢١ ق. م ـ ٢٠٤ ق. م) بإخضاع المرأة المصرية لنظام الوصاية الدائمة وبذلك لا يجوز لها مباشرة التصرفات القانونية إلَّا بموافقة وصيها[5].

وفي العصر البطلمي (الإغريقي)، (٣٣٢ ق. م ـ ٣١ ق. م) كان الملك الإغريقي يعتبر نفسه إلّهاً لمصر، والشعب عبيداً له، فلم يعترف بحق الملكية الفردية للمصريين، وبذلك انعدم سلطان الإرادة بالنسبة لهم، وكان الإغريق يطبقون قانونهم

---

(١) وكتب على أحد التوابيت الخشبية يرجع إلى أواخر العهد الإقطاعي: «لقد خلقت الرياح الأربع ليتنفس بها الإنسان مثل أخيه الإنسان مدَّة حياته، ولقد خلقت المياه العظيمة ليستعملها الفقير مثل السيد» ووصى أحد ملوك هذا العصر ابنه بأن لا يفرق بين الفقير والغني.
انظر: بريتد، فجر الضمير، ص (٣٣٥)؛ وولسون الحضارة المصرية ص (١٩٣).

(٢) من أمثلة ذلك وثيقة ديموطيقية تتضمن عقد إيجار بين أمرأتين في ٢٨ يونيه عام ٢٧٨ ق. م وهذه الوثيقة مترجمة إلى الإنجليزية ذكرها مصطفى الأمير في كتابه بالإنجليزية بعنوان: A Family Archive From Thebes, Cairo 1950, P 54. كما ذكر الأستاذ مصطفى عقد بيع من امرأة بتأريخ ٣١٤ ق. م في ص (٦).

(٣) انظر: مصطفى الأمير، المرجع السابق بالإنجليزية، ص (٦٦)؛ والدكتور صوفي أبو طالب، تأريخ النظم القانونية، ص (١٨٤).

(٤) وقد ذكر لنا الأستاذ مصطفى الأمير وثيقة باللغة الديموطيقية بتأريخ ٤٩٣ ق. م وترجمها إلى اللغة الإنجليزية، المرجع السابق ص (١٥١)، تقول الزوجة لزوجها: «لقد جعلتني زوجة لك منذ اليوم، وأعطيتني مهراً قدره قطعة واحدة من الفضة، فإذا تركتك كزوج (يبدو أنَّ هذا صيغة طلاق آنذاك). . فإني ألتزم برد قطعة الفضة التي أخذتها كمهر منك وفوقها نصف قطعة» وهذا النص يدل على مدى سلطة الزوجة في عهد الفراعنة، وذكر المرجع المذكور في ص (٦٣) وثيقة أخرى في ٢٦٤ ق. م أنَّ الزوج يلتزم إذا طلق زوجته بدفع خمسة أمثال المهر الذي دفعه.

(٥) راجع: د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٥٣٧ ـ ٥٣٨).

الخاص، كما كان المصريون يتبعون تقاليدهم وأعرافهم السائدة[1]، غير أنَّ الملوك البطالمة أصدروا عدَّة تشريعات خاصة بنظام الملكية سرى تطبيقها إلى كل من الإغريق والمصريين كان أهمها المرسوم الملكي الصادر في (١١٨ق. م) القاضي بأن من أحيى أرضاً مواتاً يصبح مالكاً لها ويستطيع التصرف فيها حسبما يشاء[2]. وفي نطاق الالتزامات نشروا في مصر نظام الوفاء بمقابل (Datin In Solutum) في صورة بيع، ونظام الإكراه البدني أو الغرامة لضمان قيام المدين بالوفاء بالتزاماته، وزادت الشكلية أكثر عندما تأثر المصريون بالصيغ الإغريقية منذ أواخر العصر البطلمي حيث قاموا بتوثيق العقود بالصيغ الإغريقية وحدها[3]. وكان القانون المصري القديم يقضي بأنَّه لا تثبت حقوق الزوجين قبل البعض، وحقوق الأولاد إلَّا بعد توثيق عقد الزواج، وكذلك الأمر في بقية العقود حيث إنَّ نظام تسجيل العقود وتوثيقها كان سائداً أيضاً في مصر فلا تثبت التصرفات القانونية إلَّا بالكتابة[4]، كما كان لدى المصريين صيغ وأشكال خاصة، منها صياغة التأجير من الباطن في صورة بيع وتضمين عقد الإيجار على تحديد مدَّة الإيجار من الباطن بدفع حصته من المحصول الكلي إلى المالك واعتبار أنَّ كل أموال المستأجر تعتبر محملة بحق رهن عام لصالح المؤجر[5]، وكذلك كانت للبيع في القانون المصري القديم صيغ خاصة يلتزم بها الموثقون فكان عقد بيع المال يتم على أساس ورود عبارات العقد على لسان البائع وحده بعد تراضي الطرفين على البيع والثمن، وقبض البائع الثمن، وضمانه لاستحقاق المبيع والعيوب الخفية وإذا لم تتوفر فيه هذه الأمور لم تسجل، ثمَّ بعد ذلك يتم عقد التنازل، وفيه يعلن البائع أنَّه سلم العين المبيعة التي سبق انتقال ملكيتها إلى المشتري، وأنَّه قد تنازل عن كافة حقوقه على العين المبيعة، وأنَّه مستعد للتعويض الذي يدفعه للمشتري إذا أخلَّ بالتزاماته[6]. فكانت

---

(١) انظر: إبراهيم نصحي، تأريخ مصر في عهد البطالمة، ط. القاهرة ١٩٤٦ (٢/٧٥٣ وما بعدها)؛ و د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٥٢٧).

(٢) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (٥٤١).

(٣) المرجع السابق ص (٥٤٢).. وراجع: Bovchè Leclerq: Histoire Des Lagides, Paris, 1907, T. 4 P. 161 - 164 والمصادر السابقة أيضاً.

(٤) د. شفيق شحاتة، تأريخ القانون المصري، ص (٢٢٨).

(٥) انظر: د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق ومصادره المشار إليها ص (٥٥٠).

(٦) انظر: (Bouche) المصدر السابق ص (١٧٦)؛ والأستاذ مصطفى الأمير، المرجع السابق=

الصياغة المصرية للتصرفات الناقلة للملكية تقتضي أنَّه لا يتم ذلك إلاَّ بعد القيام بتصرفين قانونين مستقلين أحدهما: خاص بانتقال الملكية، والثاني بانتقال الحيازة ففي عقد البيع مثلاً كان يحرر عقود المال، وفيه يتم إعلان البائع عن قبضه الثمن، ثمَّ يسجل، ويكون انتقال الملكية بالتسجيل. هذا هو العقد الأول الذي يكون الغرض منه إثبات انتقال الملكية، ثمَّ بعد ذلك يأتي دور العقد الثاني وهو تحرير عقد آخر هو: «عقد التنازل عن الحيازة» كما ذكرنا ـ كما كان القانون المصري القديم يقضي طبقاً للرأي الغالب ـ بأنَّ العقد عبارة عن تصرف قانوني من جانب واحد، ففي عقد البيع تنشأ الالتزامات في ذمَّة البائع وحده بعبارته، وأمَّا المشتري فكان ينقد الثمن للبائع ولا يبقى عليه أي التزام، وحتى في حالة كون الثمن مؤجلاً يكتب ذلك في صورة عقد مستقل وهو عقد القرض، فكان مصدر التزامه هو عقد القرض لا البيع، وظلَّت هذه الفكرة سائدة إلى العصر الروماني الذي تأثر به الموثقون المصريون فرتبوا على البيع نفسه التزامات على المشتري[١].

ولا يختلف الأمر كثيراً في العصر الروماني (٣١ ق. م ـ ٦٤١ م) حيث اعتبر الإمبراطور الروماني مصر بعد غزوها ملكاً خاصاً له[٢]، وكان المصريون محرومين من حقوقهم حيث اعتبروا من فئة الأجانب المستسلمين وعلى ضوء ذلك لا يتمتعون بحقوقهم السياسية، ولا يجوز لهم تطبيق نظمهم وعاداتهم إلاَّ بموافقة الوالي، كما أنَّه لا يجوز لهم التعامل طبقاً لنظم القانون الروماني، وإن كان يجوز لهم التعامل على ضوء قانون الشعوب لكن جرت سياسة الرومان بالسماح لهم بتطبيق قانونهم الخاص، كما كان الرومان يطبقون قانونهم الخاص الذي يسود فيه الشكلية التامة على أنفسهم[٣] ومع ذلك فقد جرى الموثقون على استعارة كثير من الصيغ الشكلية والقواعد الرومانية، منها صيغة الاشتراط الشفوي[٤] غير أنَّه مما يلاحظ أنَّ الملكية الفردية للمصريين في العصر الروماني لم تعد في نطاقها الضيق كما كان في العصر البطلمي، كما أنَّ الملكية

= بالإنجليزية، ص (١٥) وما بعدها، حيث ذكر لنا نماذج لعقود مال، وعقود تنازل بين المصريين في العصر البطلمي.

(١) د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص (٥٨١ ـ ٥٨٢).

(٢) انظر: (Bil)، مصر من الإسكندر إلى الفتح العربي، ص (٢٠٣)؛ د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص (٥٥٦ ـ ٥٦٤).

(٣) د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص (٥٦٤).

(٤) المرجع السابق، ص (٥٧٧).

الفردية. لم تكن ملكية الانتفاع كما كان في العصر البطلمي بل شملت أيضاً ملكية الرقبة، وبذلك تحوَّلت إلى ملكية تامة(١)، كما تأثَّر القانون المصري بالقانون الروماني حيث اكتفى في نقل الملكية والحيازة بتصرف قانوني واحد مثل التسليم(٢) وفي عدم اشتراط الكتابة، وإثبات انتقال الملكية والحيازة بكافة الطرق في حالة عدم وجود الكتابة(٢) وكذلك تأثر به في اشتراط الشرط الجزائي حيث جرى الموثقون على تضمين عقد البيع شرطاً مؤداه التزام البائع بدفع ضعف الثمن في حالة استحقاق المبيع وفي عقد الإيجار بخصوص إهمال تطبيق الشرط الموجود في القانون المصري الذي كان يبيح لمالك الأراضي الزراعية المؤجرة حق فسخ العقد في حالة ما إذا تقدَّم له مستأجر آخر دفع عطاء أعلى(٣) وقد انتهى القانون الروماني في مصر والقانون المصري القديم بفتح المسلمين لمصر سنة (٦٤١ م) حيث حلَّت الشريعة الإسلامية التي تتمثل مصادرها في الوحي الإلّهي محل النظم السابقة.

الفرع السادس
الرضائية في القانون العراقي القديم (أو الشرائع المسمارية)(٤)

إذا كان الغرب يفتخر بالقانون الروماني باعتباره عنوان الحضارة والتقدم في أقدم العصور. فإنَّ الشرق ـ ولا سيما العراق ـ يشعر بالفخر والاعتزاز، لأنَّه قد اهتدى إلى

---

(١) المرجع السابق ص (٥٨٠)؛ و د. شفيق شحاتة، تأريخ القانون المصري، ص (٢٢٨) وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) انظر: د. صوفي أبو طالب، ص (٥٨٣) والمصادر السابقة.

(٤) أي الوثائق التي كتبت بالمسمارية، وسميت بالمسمارية لأنَّها كانت على شكل رؤوس المسامير، حيث كانت تنقش على ألواح صغيرة من الطين ثمَّ تعرض لأشعة الشمس حتى تجف أو توضع في الأفران حتى تتماسك.

وقد ظهرت الكتابة المسمارية في سومر (العراق) في الألف الرابعة قبل الميلاد ومنها انتشرت إلى كل بلاد ما بين النهرين والسبب في عدم إسناد هذه الوثائق والمدونات القانونية إلى أحد شعوب المنطقة هو أنَّ لواء الزعامة في بلاد ما بين النهرين لم يعقد لشعب واحد دون غيره طيلة فترة الحكم، ففي بادىء الأمر انعقد لواء الزعامة على جنوب العراق لأبناء سومر ـ وأصلهم غير معروف ـ ثمَّ سقط لحكم العموريين الذي سقطوا على أيدي القبائل الكردستانية ثمَّ انتقل إلى أكاد في الشمال منذ أواخر الألف الثالثة قبل الميلاد وتوحدت البلاد على أيديهم ثمَّ سقط بابل على أيدي الكاسيين في منتصف الألف الثانية قبل الميلاد، ثمَّ ظهرت دولة أشور منذ القرن الثاني عشر =

تدوين قانون منظم قبل أكثر من خمسة وعشرين قرناً من تدوين القانون الروماني، فقد أحدث إنكشاف القوانين الشرقية المدونة ضجة في الأوساط العلمية جلبتهم للاتجاه نحو هذه الكنوز الشرقية، والبحث عن آفاق جديدة للقانون غير القانون الروماني، فقد عثر الأثريون منذ القرنين: التاسع عشر والعشرين على كميات هائلة من الوثائق الشرقية القديمة، قدروا الوثائق المسمارية منها فقط بحوالي (١٥٠) ألف وثيقة تعرضت لمختلف أوجه النشاط الحضاري كالدين، والطب، والفلك، والقانون، وغيرها من العلوم، كما أنَّ فيها وثائق سجلت المعاملات اليومية بين الأفراد، وهي جميعها شاهدة بحق على أنَّ بلاد وادي الرافدين قد بلغت شأواً بعيداً من الحضارة، ودرجة كبيرة من التقدم والرقي منذ عصور غابرة[1]. ولقد عثر الأثريون على عدَّة مدونات قانونية يرجع تأريخ بعضها إلى الألف الثالث قبل الميلاد، وهي المدونة التي صدرت في مدينة أجاش (إحدى مدن بلاد ما بين النهرين)، لكن أهم ما وصلت إلينا هي: -

١ - مدونة أور - نامو (Ur - Nammu) الذي صدرت باللغة السومرية في حوالي سنة (٢٠٥٠ ق. م)[2]

٢ - مدونة أشنونا (Eshnunna)[3] التي أصدرها الملك بيلالاما

= قبل الميلاد، ثمَّ سقطت على أيدي الكلدانيين في سنة ٦٦٢ ق. م ثمَّ سقطت على أيدي الفرس في سنة ٥٣٩ ق. م ثمَّ سقطت الإمبراطورية الفارسية على أيدي الإسلام.

انظر: (Monier)، المرجع السابق، ص (٣٥) وما بعدها؛ وديلايورت، بلاد ما بين النهرين، ص (١١٠)؛ وول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، ط. الجامعة العربية ١٩٥٥ (٢/١٩٠)؛ و د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم ص (١٩٧ - ٢٠٤)؛ والعراق في التاريخ، تأليف مجموعة، ط. دار الحرية بغداد، ١٩٨٣ ص (١٩ - ٢٩٠).

(١) المصادر السابقة و د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١٠٩).

(٢) أورنامو هو الملك السومري الذي أسس الأسرة الشهيرة باسم أور الثالثة، وقد بدأ حكمه في حدود سنة ٢٠٥٠ ق. م وقد اكتشفت هذه المدونة في بداية القرن الحالي، وهي منقوشة على لوحة من الطين محفوظة في متحف أستامبول. هذا وقد ترجم هذه المدونة من اللغة السومرية إلى الإنجليزية كريمر Kramer في سنة ١٩٥٢ م.

انظر: د. محمود سلام زناتي، قانون حمورابي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٣، يناير ١٩٧١ ص (٣).

(٣) أشنونا هي مدينة قريبة من بغداد كانت عاصمة إحدى دول أكاد وكانت تشمل تل حرمل الذي عثر بداخله على هذه المدونة. =

(Bilalama) في حوالي عام (١٩٣٠ ق. م) وهي تبدأ بمقدمة تتكون من سبعة أسطر باللغة السومرية جاء فيها اسم الملك بيلالاما ثمَّ تذكر (٦١) مادة باللغة السامية (لغة أكاد) تتعلق بنظام الأسرة، والعارية، والوديعة، والإيجار والبيع والعقوبات(١).

٣ ـ مدونة ليت ـ عشتر (Lipit Ishtar) التي أصدرها ملك مدينة أسن (Isin) في حوالي عام (١٨٧٥ ق. م) وقد وصلتنا منها (٣٩) مادة تتعلق بنظام الأسرة، والمواريث(٢).

٤ ـ قانون حمورابي (١٧٢٨ ق. م ـ ١٦٨٦ ق. م).

٥ ـ القانون الأشوري في القرن الرابع عشر قبل الميلاد(٣).

وسنفرد القانونين الأخيرين بشيء من التفصيل بقدر ما يتعلق بالرضائية والعقود.

أولاً: قانون حمورابي(٤):

يتكوَّن هذا القانون من ثلاثة أجزاء يعتبر الجزء الأول بمثابة المقدمة من حيث

= انظر د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١٠٩)؛ و د. محمود سلام سلام زناني، المرجع السابق، ص (٣).

(١) وقد عثر على هذه المدونة في تل حرمل (قرب بغداد) في عامي (١٩٣٥م ـ ١٩٤٧م) ونشرت على لوحين من الطين، ولها نسختان مختلفتان، وإن كانتا على ما يبدو قد نقلتا من أصل واحد.
انظر: د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٠٣)؛ و د. محمود زناتي، المرجع السابق، ص (٢).

(٢) وهي مدونة قانونية كتبت بلغة أكاد على الرغم من صدورها في سومر، وهي محفوظة في متحف فيلادلفيا، ولم يصلنا سوى خمسها، وقد نشرت كاملة عام (١٩٤٨ م).
انظر: المصدرين السابقين.

(٣) وبالإضافة إلى ما سبق فإنَّ هناك مجموعتين ظهرتا بعد قانون حمورابي وهما:
١ ـ مجموعة القوانين الحيثية التي تتكون من ثلاثة عشر ألف لوح من الطين عثر عليها في حفائر «خاتي» (مدينة تبعد عن أنقرة حوالي ١٥٠ ق م). ويرجع تأريخها إلى القرن الثالث عشر قبل الميلاد وتضم حوالي (٢٠٠) مادة.
٢ ـ مجموعة قوانين أوجاريت (مدينة بالقرب من اللاذقية في سوريا) وهي إحدى مدن فينيقيا التي تأثرت بالثقافة البابلية، والقانون البابلي ويرجع تأريخها إلى القرنين الخامس عشر والرابع عشر قبل الميلاد وهي كتبت باللغة الأكادية، وبعضها بالحروف الهجائية الفينيقية.
انظر: د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١١٠).

(٤) حمورابي هو أحد الملوك الساميين الذين حكموا بابل، وقد استطاع حمورابي أن يوجد كل =

تذكر تكليف حمورابي من قبل الآلهة بوضع هذا القانون ومدى محبتهم له، كما تذكر جانباً من فضائل حمورابي من شجاعة وقدوة، وعناية بمعاهد الآله، وتعدد خبراته ونعمائه على المدن التي خضعت لسلطته وعلى أفراد شعبه، وختمت المقدمة بقوله ـ أي حمورابي ـ: «حينما أمرني مردوك[1] بأن أجري العدل بين شعب البلد، ولأجعلهم يحصلون على حكم رشيد، نشرت الحق والعدل في طول البلاد وعرضها، وجعلت الشعب يزدهر في ذلك الوقت قررت:»[2].

فبيَّن حمورابي في مقدمته هذه الأسباب الداعية لتقنين قانونه وهي نشر العدل والحق بين شعبه، بالإضافة إلى توحيد قوانين البلاد.

وأمَّا الجزء الثاني فهو الجزء الخاص بالمجموعة القانونية، وهي تتكون من

= بلاد ما بين النهرين: (الدجلة والفرات) فضم مملكة سومر في الجنوب إلى مملكة أكاد في الشمال كما ضم إليها مملكة أشور في أقصى الشمال فتكونت امبراطورية بابل الشهيرة التي امتد نفوذها إلى كل غرب آسيا القديمة ثمَّ سقطت هذه الإمبراطورية أمام الحيثيين في حوالي (١٥٥٠ ق. م) وقد اختلف المؤرخون حول تحديد تأريخ حكمه، وطبقاً لأحداث التقديرات تقع فترة حكمه بين سنتي (١٧٢٨ ق. م ـ و١٦٨٦ ق. م) حيث حكم حوالي ثلاثة وأربعين عاماً.

وأمَّا قانون حمورابي فهو قد كتب منقوشاً باللغة الأكادية، وبالكتابة المسمارية على حجر يبلغ ارتفاعه ٢,٢٥ متراً، وقاعدته يبلغ ١,٩٠ متراً، وفي قمته رسم بارز يمثل حمورابي وهو يتلقى التكليف بوضع القانون من الإله (شمش) إله العدل (في عقيدتهم!) ثمَّ حمله أحد الغزاة العيلاميين إلى مدينة سوزا (العاصمة العيلامية حوالي (١٢٠٧ ق.م ـ ١١٧١ ق. م) ثمَّ عثرت عليه بعثة الأثريين الفرنسيين في شتاء ١٩٠٢ م ضمن حفائر مدينة (Suze) ووضعته في متحف اللوفر بباريس، ولهذا القانون عدَّة نسخ قديمة ويعتبر أشهر مدونة في تأريخ الشرق القديم بل والعالم كله.

انظر: (Monier)، المرجع السابق، ص (٣٥ ـ ٤٨)، Diamond: L,èuolution De La Lot Et De L'ordre, Trad, Fran., Jacques David, Paris 1954, P. 90 و د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (١٥٥)، وتأريخ النظم ص (٢٠٥)؛ و د. محمود زناتي، بحثه السابق، ص (٢, ٣).

(١) هو إله بابل وأصبح في عهد حمورابي إلّهاً لإمبراطورية البابلية!!
انظر: د. محمود زناتي، قانون حمورابي، ص (٦).

(٢) مقدمة قانون حمورابي. وقد اعتمدنا على الترجمة العربية له التي قام بها الدكتور محمود سلام زناتي ونشرها في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول، السنة ١٣، يناير ١٩٧١.

(٢٨٢) مادة غير أنَّ المواد من (٦٥ إلى ١٠٠) قد محاها العيلاميون حينما غزوا بابل وغنموا الحجر المنقوش عليه قانونُ حمورابي، لكن الباحثين استطاعوا الوصول إلى معرفة عدد منها بواسطة نسخ أخرى غير كاملة، وقد قسم الأستاذان دريفر، وميلز[١] هذه المواد إلى اثنين وعشرين فصلاً وذلك كالآتي:

١ ـ الجرائم الماسة بسير العدالة (القضاء) من المادة (١ إلى ٥).

٢ ـ جريمة السرقة، وإخفاء الأشياء المسروقة وقطع الطريق من المادة (٦ إلى ٢٥).

٣ ـ تنظيم الإقطاع العسكري من المادة (٢٦ إلى ٤١).

٤ ـ عقود المزارعة، والعارية المضمونة برهن من المادة (٤٢ إلى ٥٢).

٥ ـ الأضرار التي تصيب المزروعات سواء كانت عمدية أم نتجية إهمال من المادة (٥٣ إلى ٥٩).

٦ ـ تحويل الأراضي غير القابلة للزراعة إلى أراضي صالحة لزراعة الفاكهة أو الحبوب من المادة (٦٠ إلى ٦٥).

٧ ـ القرض بفائدة من المادة (٩٠ إلى ٩٧).

٨ ـ عقد الشركة من المادة (١٠٠ إلى ١٠٧)[٢].

٩ ـ الجرائم التي يرتكبها صاحب الفندق، أو الناقل من المادة (١٠٨ إلى ١١٢).

١٠ ـ إساءة استعمال الحق من جانب الدائن من المادة (١١٣ إلى ١١٩).

١١ ـ الوديعة من المادة (١٢٠ إلى ١٢٦).

١٢ ـ أحكام خاصة بالراهبات من المادة (١٢٧ ألى ١٦٤) والنساء المتزوجات المادة (١٧٨ إلى ١٨٢).

١٣ ـ حقوق الأبناء، والأرملة على أموال الأب، أو الزوج من المادة (١٦٥ إلى المادة ١٧٧)، ومن المادة (١٨٣ إلى ١٨٤).

١٤ ـ التبني من المادة (١٨٥ إلى ١٩٣).

١٥ ـ الضرب، والجرح، والإجهاض من المادة (١٩٤ إلى ٢١٤).

١٦ ـ أحكام خاصة بالأطباء والمهندسين والبحارة من المادة (٢١٥ إلى ٢٤٠).

---

(١) انظر:

G. R. Driver And J. Mils, The Babylonian Laws, Vol. IL, Oxford, 1960 T. I, P. 42.

(٢) وأمَّا المواد (٦٦ إلى ٨٩)، و(٩٨ إلى ٩٩) فلم يمكن قراءتها.

١٧ ـ إيجار الدواب الزراعية ومسؤولية المستأجر من المادة (٢٤١ إلى ٢٥٥).

١٨ ـ أحكام متعلقة بإجارة الأشخاص (عامل زراعي م ٢٥٧، راعي البقر م ٢٥٨، راعي الغنم م ٢٦١، عامل باليومية م٢٧٣، صانع م ٢٧٤).

١٩ ـ مسؤولية حارس الحيوان من المادة (٢٦٣ إلى ٢٦٧).

٢٠ ـ سرقة أدوات الزراعة من المادة (٢٥٩ إلى ٢٦٠).

٢١ ـ إيجار المراكب والسفن من المادة (٢٧٥ إلى ٢٧٧).

٢٢ ـ شراء عبد من المادة (٢٧٨ إلى ٢٨٢).

والجزء الثالث من هذا القانون هو الخاتمة حيث دعا فيها خلفاء من بعده ألاَّ يبدلوا، أو يغيروا القانون الذي وضعه، كما ابتهل فيها إلى الآلهة أن تنزل لعنتها على من يشوه نصوص هذا القانون أو يبدلها، وأن تحيق به المصائب والكوارث فقد ختم قانونه بما يأتي: ـ

«هذه هي القوانين العادلة التي أصدرها حمورابي الملك القديم ومكَّن بها البلد من التمتع بحكومة مستقرة رشيدة... أنا حمورابي، لم أكن مهملاً، ولا متراخياً فيما يخص القوم... لتلعن آلهة السماء والأرض العظام... الرجل، وذريته، وبلده، وجنوده، وشعبه، وجيشه، لعنة مهلكة، ليلعنه حينئذٍ إليل (Ellil)[١] بكلمته التي لا مبدل لها لعنة سافرة، وليقضوا عليه سريعاً»[٢] أي إن فعل ذلك. وقانون حمورابي ـ كما رأينا ـ قد أحاط بكل القواعد المتعلقة بسائر فروع القانون، كما أنَّ مواده قد صيغت صياغة فنية تقربها من الصياغة الحديثة، وتبعد بها عن صياغة القوانين القديمة كما أنَّه يفوق قانون الألواح الإثني عشر الروماني مع أنَّه يسبقه بما يزيد عن اثني عشر قرناً حيث يعترف بالملكية الفردية، وحرية التعاقد، ويعترف للمرأة بأهلية قانونية في معظم الحالات غير أنَّه لم يعط لهنَّ حق الإرث كما أنَّ طابعه المميز هو روح العدالة فهو يحمي الضعيف من القوي[٣].

وأمَّا حظ الرضائية في قانون حمورابي فلا بأس به حيث إنَّ المجتمع كان مجتمعاً تجارياً بجانب الزراعة بالإضافة إلى أنَّ الملكية الفردية للعقارات ظلَّت موجودة في كل عصور بلاد ما بين النهرين، وقد بلغ التطور الاقتصادي في عهد حمورابي شأواً بعيداً

---

(١) هو أبو الآلهة ـ في معتقداتهم ـ وكان يعبد بصفة خاصة في معبد إينا؛ المصادر السابقة.

(٢) خاتمة القانون، ترجمة د. محمود زناتي، ص (٦٠ ـ ٦١).

(٣) د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (١٥٧، ١٥٩).

ووصل المجتمع إلى مجتمع متمدن تجاري قائم على المبادلات عن طريق النقود، ونشطت التجارة في الداخل والخارج، وتعددت المعاملات اليومية[1]، ويكفي للدلالة على ذلك أنَّ قانون حمورابي قد خصص أكثر من سبعين مادة للكلام عن العقود وما يترتب عليها، وقد ثار تساؤل حول شكلية العقد في قانون حمورابي غير أنَّ الراجح أنَّ العقد فيه ليس شكلياً ولا عينياً وأمَّا كتابته فكانت لأجل الإثبات، وكذلك حضور الشهود، فلم يكونا ركنين في العقد وهذا ما يفهم من المادة (٧) من قانون حمورابي حيث تنص على أنَّه «إذا كان رجل قد اشترى فضة أو ذهباً، أو عبداً، أو أمة، أو ثوراً، أو شاة، أو حماراً، أو أي شيء آخر. دون شهود أو عقد فذلك الرجل سارق» ويفهم من هذه المادة أن أخذ شيء إذا كان بعقد، أو بحضور شهود لا يعتبر سرقة، كما نص في المادة (٣٩) من أنَّ الشخص «له أن يتخلى عن أي جزء من حقل، أو بستان، أو بيت يكون قد اشتراه، أو اكتسبه، كتابة لزوجته أو ابنته، وله أن يعطي وفاء بالتزام عليه» ونرى أنَّ هذه المادة قد ذكرت الكتابة في حين أنها لم تذكر في مواد أخرى بخصوص البيع كما في المادة (٤٠) حيث نصت على أنَّ: «الكاهنة، أو التاجر، أو الملتزم الأجنبي يمكنه أن يبيع حقله، أو بستانه، أو بيته» وكذلك لم يذكر في عقد المزارعة والعارية المضمونة الكتابة أو الشهود (المادة ٤٢) وكذلك في عقد المزارعة والعادية المضمونة الكتابة أو الشهود (المادة ٤٢) وكذلك في عقد المساقاة (المادة ٦٠) وفي عقد القرض (المادة ٧٧) وفي كثير من العقود التي ذكرها وقد حظي عقد الإيجار بشيء من التفصيل في قانون حمورابي حيث حدد أجرة الدواب والأشخاص فقد ذكر قواعد تحكم إيجار الأراضي، وأدوات الزراعة، والمنازل، والمساكن، فنصت المادة (٢٤١) على أنَّه «إذا أخذ رجل ثوراً على سبيل الرهن فسوف يدفع $\frac{1}{3}$ مينه[2] من الفضة» ونصت المادة (٢٤٢) على أنَّه «إذا كان رجل قد استأجر لمدة سنة فسوف يعطي ٤ جور[3] من القمح أجرة للثور المؤجرة» ونص في المادة (٢٧٤) على أنَّه «إذا رغب رجل في استئجار حرفي فسوف يدفع يومياً (٥) حبات من الفضة ٠٠٠،و٥ حبات من الفضة أجراً لطواب، و٥ حبات من الفضة أجراً لنساج، و٥ حبات من الفضة أجراً

---

(١) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٣٢).

(٢) المينة (Maneh) وزن يعادل حوالي ٥٠٠ جرام.

انظر: د. محمود زناتي، المرجع السابق، ص (١٥).

(٣) الجور (Gur) مكيال يكال به.

انظر. محمود زناتي، المرجع السابق ص (١٨).

لحجار، و٥ حبات من الفضة أجراً لصائغ، و٥ حبات من الفضة لحداد، و٥ حبات من الفضة أجراً لنجار، و٥ حبات من الفضة أجراً لجلودي، و٥ حبات من الفضة أجراً لسلال، و٥ حبات من الفضة أجراً لبناء».

كما حددت المادة (٢٧٥) أجر السفينة لنقل البضائع بثلاث حبات من الفضة يومياً، كما حددت المادتان (٢٧٦ ، ٢٧٧)، أجر السفن المختلفة من حيث الصغر والكبر.

ويظهر لنا من خلال نصوص قانون حمورابي والوثائق التي وصلتنا، أنَّ العقد لم يكن شكلياً، ولم يشترط في تحققه الكتابة والشهود، كما أنَّ حرية التعاقد كانت مكفولة غير أنَّه يثور التساؤل عمَّا إذا كان البابليون قد عرفوا العقد كفكرة مجردة، وبعبارة أخرى هل عرفوا نظرية عامة للعقد؟

فالرأي السائد هو أنَّهم لم يعرفوا العقد كفكرة مجردة لكنهم عرفوا أنواع العقود المختلفة ووضعوا لكل منها أحكامه مثل البيع، والإيجار والمزارعة، والمساقاة، والوديعة، والعارية، والشركة، والمقايضة وغيرها. وقرروا أنَّ كل واحد منها تترتب عليه آثار قانونية دون أن يصوغوا منها نظرية عامة[1] وكذلك استقر الرأي على أنَّ العقد في القانون البابلي لم يكن شكلياً، ولا عينياً، بل كان رضائياً في كثير من العقود، وإن كان بعضها يحتاج إلى تسليم الشيء، أو شكلية معينة، ويضاف إلى ذلك أنَّ القانون البابلي قبل العهد الكلداني كان يعبأ بسلامة الرضا من العيوب ولكن بعد ذلك ظهرت في العقود عبارة تتردد على ألسنة المتعاقدين وهي (وهو منشرح الصدر) وهي تعني أنَّ العاقد قد نطق بالعقد دون إكراه أو استغلال أو بعبارة أخرى تعني خلو الرضا من العيوب[2] غير أنَّه لم يكن يستلزم الكتابة، ولا حضور الشهود لانعقاد العقد، ولا يستلزم أية شكلية لنشوء الالتزامات الرئيسية لكنه يستلزم بعض الشكليات بالنسبة للالتزامات التبعية التي يلزم بها البائع - مثلاً - مثل التزامه بعدم المنازعة في صحة العقد، فهذا الالتزام لا ينشأ إلَّا إذا تعهد به البائع وقرر تعهده بقسم بحياة الملك والآلهة، أو أن يضع شرطاً جزائياً يلتزم بمقتضاه أن يدفع مبلغاً من المال، أو يتحمل عقوبة بدنية في حالة إخلاله بالتزامه، ويظهر أيضاً من خلال قانون حمورابي والوثائق البابلية أن عقد البيع كان عقداً ناجزاً يترتب عليه الأثر فوراً، وتنتقل ملكية

(١) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٣٥).

(٢) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٣٥).

المبيع والثمن بمجرد التعاقد، وحتى بعد ما تطورت الظروف الاقتصادية ظلَّ عقد البيع فوري الأثر وإن كان دفع الثمن يؤجل أو تسليم المبيع يؤخر غير أنَّه في هذه الحالة تحرر وثيقة ثانية بالثمن باعتباره وديعة يحتفظ بها المشتري للبائع، أو في صورة قرض[1] وبالإضافة إلى البيع فقد حظي عقد القرض بعناية كبيرة في قانون حمورابي فقد خصص لها من المادة ٩٠ إلى المادة ٩٧ تطرق فيها إلى تنظيم تفصيلي للقرض فوضع حداً أقصى لسعر الفائدة وهو ٢٠٪ إن كان محل القرض نقوداً معدنية، ويتراوح سعر الفائدة بين ٢٠٪ و ٣٣٪ إن كان محله قمحاً، وقرر القانون عقوبة على من يقرض بفائدة أكثر مما سبق تتمثل في حرمان الدائن من حقه في مطالبة المدين بالدين، كما وضع القانون حكماً لرعاية الفلاحين حيث اعتبر الفيضان، والجفاف سبباً مشروعاً لتأجيل الدين وفوائده، ونص أيضاً في المادة (٤٨) على أنَّ الفلاح المعسر يستطيع التخلص من ديونه بأن ينزل للدائنين عن كل ناتج أرضه، وبذلك تبرأ ذمته بهذا النزول غير أنَّ قانون حمورابي أجاز للدائن حق استرقاق المدين المعسر وإن كان قد أحاط هذا الحق بضمانات منها مضى ثلاث سنوات على تأريخ الاستحقاق، ومنها معاقبة من يسترق غيره مدعياً دون وجه حق أنَّه دائن له[2] كما حظي نظام الأسرة بعناية كاملة في قانون حمورابي حيث خصص له من المادة (١٣٣ إلى ١٩٤) بالإضافة إلى أنَّ المواد (١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢) تبحث عن خيانة الزوجة، والأحكام المتعلقة بها، وفيما يخص بحثنا في عقود الزواج فإنَّ هذه النصوص تشير إلى أنَّ الزواج ينعقد بتراضي أولياء الزوجين (الأب أو الأم، أو كليهما) مما يدل على أنَّ رضاء أولياء الزوجين شرط لانعقاد العقد إلَّا أنَّ الإبن يستطيع التزوج دون أوليائه. ومع ذلك فلا يكفي التراضي لانعقاد الزواج بل لا بدَّ من الكتابة أيضاً وكان يسمى عقد الزواج المكتوب ريكساتي (Riksati) وهذا العقد المكتوب ليس دليلاً للإثبات فقط بل هو شرط لازم لا يتم العقد بدونه، ثمَّ توضح شروط الزواج في هذا العقد المكتوب، وينص فيه على الهبات المالية التي تصاحب الزواج، ومصيرها، وعقوبة خيانة أحد الزوجين للآخر، وشروط انحلال النكاح من جانب أحدهما، كما يذكر فيه أنَّه اقترن هذا العقد بيمين بحياة الملك والآلهة بأنَّ كلا من الطرفين يحترم شروط العقد، غير أنَّه مما يلاحظ أنَّ المادة (١٢٨) تشير إلى أنَّه لا يعاقب الزوجان جنائياً إذا لم يقوما بتحرير

---

(١) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٣٦).

(٢)انظر: قانون حمورابي، ترجمة د. محمود سلام زناتي، ص (٢٤ ـ ٢٥)؛ و د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٣٧).

العقد، لأنَّ ذلك شرط لإثبات الزوجة وحقوقها أمام القانون[1] كما قضي قـانون حمورابي بصحة عقد النكاح بدون مهر، كما أشار إلى أنَّ المرأة لا يجوز لها التصرف في الدوطة وإن كانت مالكة لها، وأشار القانون كذلك إلى أنَّه يتولد عن الزواج ولاية للزوج على زوجته وأولاده غير أنَّ هذه السلطة أخف بكثير من السلطة الأبوية في القانون الروماني، وتدل النصوص التشريعية والوثائق أنَّ للزوجة أهلية في مباشرة التصرفات القانونية دون إذن زوجها، لكنه ثار التساؤل عن النظام المالي بين الزوجين هل هو قائم على الذمة المشتركة، أم على انفصال الذمتين؟ تشير النصوص إلى أنَّه كان قائماً على المشاركة، والتضامن عن الديون التي تنشأ بعد الزواج، بل تكون الزوجة مسؤولة عن ديون زوجها قبل الزواج ما لم تنص في عقد الزواج على عدم مسؤوليتها عن ذلك[2].

ثانياً: القانون الأشوري[3]:

يتكوَّن هذا القانون من أحد عشر لوحاً كتب باللغة الأكادية تختلف هذه اللوحات

---

(١) وهذا هو نص المادة (٣٤) من اللوحة الأولى من القانون الأشوري.

وراجع في ذلك د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢١٨ ـ ٢١٩)، والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) نسبة إلى الأشوريين اللذين حكموا بلاد ما بين النهرين واتخذوا مدينة أشور (قلعة شرقاط الحالية القريبة من نينوى في شمال العراق) عاصمة لحكمهم وقد ظهرت إمبراطورية أشور منذ القرن الثاني عشر قبل الميلاد، لتضم كل بلاد ما بين النهرين مع آسيا الصغرى وسوريا وعيلام، ثمَّ سقطت في ٦٦٢ ق. م على أيدي الكلدانيين.

والقانون الأشوري قد عثر عليه المنقبون الألمان أثناء حفرياتهم في مدينة أشور القديمة فيما بين ١٩٠٣ م و١٩١٣م وقد كانت هذه النصوص مكتوبة باللغة الأكادية على ألواح من الطين فقام بترجمتها لأول مرة «أتوشريدر» (Otto Shreeder) وقد اختلف الباحثون في تفسير طبيعة هذه النصوص فذهب بعضهم ـ منهم العالم الألماني كوشاكر (Keschaker) إلاَّ أنَّها من قبيل المؤلفات القانونية، في حين ذهب ـ بعض آخر ـ منهم العالم الإيطالي فورلاني (Furlani) ـ إلاَّ أنَّها تنطوي على الخصائص المميزة للمجموعات القانونية مثل قانون حمورابي، وذهب رأي ثالث ـ منهم العالم الفرنسي كيك (Cuq) إلى أنَّها ليست مجموعة قانونية بالمعنى المفهوم، وإنَّما هي مجرد تجميع لأحكام قضائية أصدرها الملك ومفوضوه واكتسب قـوة القانون.

غير أنَّ نظرة متعمقة في نصوص هذا القانون مع مقارنته بقانون حمورابي تظهر لك أنَّهـا شبيهة به من حيث الصياغة والخصائص والأسلوب، ولذلك نرى رجحان كونها من قبيل المجموعات القانونية.

من حيث عدد ما تحتويه من نصوص، ومن حيث الأهمية، ومن أهمها لوحة النساء التي تضم (٥٩) نصاً تشريعياً أو مادة قانونية، وهي اللوحة الأولى التي تتضمن أحكاماً خاصة بالنساء وعقوبتهنَّ في حالة ارتكابهنَّ الجرائمَ، وقضايا الزواج والمهـر، والبائنـة، والهدية، والطلاق، وإيجاب الحجاب، وما يتعلق بها من أحكام، وتليها اللوحة الثانية التي تتضمن (٢٠) مادة تتعلق بالإرث، وكسب الملكية بالشراء، والتعدي على ملكية الجار، والحفر، وغرس البستان، وإعداد قوالب اللبن (الطوب) من غير أرضه وأحكام المياه والآبار والأمطار من حيث التوزيع بين ملاكي أراضيها، ونحو ذلك،، وتتضمن اللوحة الثالثة مع اللوحة السادسة (١١) مادة تتعلق بالبيع وسرقة الأموال، والوديعة، وأهمية الكتابة في العقود، وذكرت في اللوحة الرابعة (٤) مواد تتعلق بأحكام الدين وبعض العقوبات وأمَّا اللوحة الخامسة فتتضمن مادتين تتعلقان بأحكام من أخذ شاة ليجعلها ملكاً له مع أنَّها لغيره، ومن كان راعياً يعتبر لصاً إذا باع بهيمة من القطيع. وتتضمن اللوحة السابعة ثلاث مواد تذكر بعض أحكام الملك الخاص، كما تضمنت اللوحة الثامنة خمس مواد تذكر في بعضها أحكام الرشاوي وعقوبتها، وذكر في اللوحة التاسعة ثلاث مواد تتعلق بأحكام السفن والمراكب من حيث البيع والشراء والتعويض، وتضمين الأجير العام مثل أن يضع ثياباً لغسال ثمَّ أدَّعي أنَّها ضاعت يضمنها، وأمَّا اللوحة العاشرة فهي تتكون من مادتين تتعلقان بأحكام من نطق بالكفر، وأمَّا اللوحة الحادية عشرة فهي تتضمن (٧) مواد تتعلق بتقسيم التركة وتقسيم مياه الآبار ونحو ذلك[١].

وأمَّا الرضائية في القانون الأشوري فلا تختلف كثيراً عمَّا ذكرناه في قانون حمورابي حيث إنَّ القانون الأشوري في الواقع ليس إلَّا امتداداً له ما عدا تعديلات يقتضيها تغيير الأوضاع والظروف الاقتصادية والاجتماعية، حيث ظلَّ قانون حمورابي مطبقاً على بلاد ما بين النهرين حتى بعد وفاته بعدَّة عصور، وتدل على ذلك نسخه العديدة التي وجدت في مختلف العصور والتي تضمنت نصوصه كاملة وبلغة كل عصر

= انظر. محمود سلام زناتي، القانون الأشوري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق عين شمس، العدد الثاني، السنة ١٤ في يوليه سنة ١٩٧٢، ص (٥٥٧)؛ و د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١١٠ ، ٢٠٠)؛ ومبادىء تأريخ القانون، ص (١٦٦ - ١٦٨)؛ و (Diamond)، المرجع السابق، ص (٩١).

(١) اعتمدنا على النص العربي الذي ترجمه من الإنجليزية إلى العربية الأستاذ الدكتور محمود سلام زناتي ونشره فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة ١٤ يوليه ١٩٧٢.

ولذلك فالقانون الأشوري يعتبر امتداداً له مع تغيير جزئي يقتضيه التطور دون أن ينال جوهر الأحكام التي استقرت منذ عهد حمورابي[٢] ومع ذلك ندرس بعض مظاهر الرضائية في القانون الأشوري ففي نطاق عقود الزواج يبدو أنَّها رضائية بخصوص الأرملة حيث لها الحق في الزواج دون حضور وليها وهذا ما تنص عليه المادة (٣٤) من اللوحة الأولى «إذا كان رجل قد تزوج أرملة دون توثيقة بعقد وكانت قد عاشت في بيته مدَّة عامين فإنَّها تصير زوجة ليست مضطرة» كما أعطت المادة (٣٥) من اللوحة الأولى حق الملكية للمرأة، كما أنَّ المادة (٣٧) منها قد سمحت للرجل بطلاق زوجته كحق مطلق ومع ذلك فإن جعل جاريته زوجة لا يتم إلَّا بحضور خمسة من الشهود.

وفي نطاق المعاملات يظهر لنا من خلال نصوص القانون الأشوري أنَّ الملكية الفردية موجودة ومنتشرة، وأنَّها محترمة لا تنتهك (المادة ١٥ اللوحة الثانية) وأن عملية بيع العقار كالحقل، والمنزل تحتاج إلى إعلان سابق لتسجيل العقد بشهر واحد فقد نصت المادة (٦) من اللوحة الثالثة على أنَّه «. . . سوف[٢] يكتسب بالشراء. قبل أن الحقل والبيت بالشراء سوف يكون قد جعل المنادي يعمل إعلاناً خلال مدينة أشور (إذا كان المال هناك) ثلاث مرات أثناء شهر واحد كامل (أو) يكون قد جعله يعمل إعلاناً خلال مدينة الحقل، أو البيت الذي هو على وشك اكتسابه قائلاً: «أنا على وشك أن أكتسب بالشراء حقل أو بيت فلان ابن فلان في مجاورات هذه المدينة، ليبرز أولئك الذين لديهم دعوى بالنسبة للحيازة مستنداتهم ليضعوها أمام الموثقين ليقدموا دعواهم ليبرزوا سنداً واضحاً ويأخذوا (المال) أولئك الذين أبرزوا مستنداتهم إلى أثناء هذا الشهر الواحد الكامل، بينما لا زال هناك وقت دون نسيانه، ووضعوها أمام الموثقين ـ (مثل هذا) الشخص آمن إلى مدى حقله وسوف يأخذه عندما يكون المنادي قد عمل إعلاناً خلال مدينة آشور سوف يجتمع أحد الموظفين (الذين يقفون) أمام الملك، (و) كاتب المدينة، (و) المنادي، وموثقو الملك.

وفي حالة مدينة أخرى حيث هو على وشك اكتساب حقل، أو بيت سوف يجتمع المحافظ (و) ثلاثة من شيوخ المدينة ـ سوف يجعلون المنادي يعمل إعلاناً سوف يدونون لوحاتهم ويسلمون (ها) قائلين: «أثناء هذا الشهر الواحد الكامل قد عمل المنادي إعلاناً ثلاث مرات، فمن لم يبرز مستنده أثناء هذا الشهر الواحد الكامل (و) يضع (ـه) أمام الموثقين فقد حقه في الحقل والبيت، وهما خالصان لمن يجعل المنادي

(١) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (١٠٩ ـ ١١٠).
(٢) فيه نقص لبعض كلمات في أوَّل هذه المادة.

يعمل (له) إعلاناً» سوف يدونون ثلاث لوحات تتضمن إعلان المنادي خاصة بالقضاة. . .».

فهذه المادة صريحة في أن نقل ملكية الحقل؛ أو البيت يحتاج إلى إعلان ثمَّ بعد ذلك يتم بتوثيق أمام موظف كبير وشهود، ولذلك ثار التساؤل من أنَّ هذه الأمور هل هي من ضروريات انعقاد العقد أم من ضروريات الإثبات؟ ولا يخفى أنَّ النص ظاهر في أنَّ الإعلان لأجل حماية حقوق الآخرين أمَّا التوثيق والشهود فيظهر من النص أنَّهما من ضروريات كسب الملكية بخصوص الحقل والبيت، ولذلك نرى في عقد المزارعة أنَّه يتم بشكل آخر، فقد كان أسلوب المعالجة القانونية عند البابلين عموماً قائماً على الحلول الفردية لكل عقد، ففي عقد المزارعة أشارت المادة (١٩) من القانون الأشوري اللوحة الثانية إلى أنَّ عقد المزارعة يعتبر فيه القسم بالملك حجة في مواجهة الغير في حين أشارت المادة (٦) من اللوحة الثالثة أنَّ البيع يثبت بالشهود فقط، وأشارت المادة (١٠) من اللوحة نفسها أنَّ الوديعة تثبت بكتابة، ومن خلال هذه النصوص نصل إلى أنَّ نقل ملكية الحقل، أو البيت يحتاج إلى عملة التوثيق والشهود. لكنه لا يزال الغموض يكتنف ذلك في أنَّ هذه العملية هل هي ركن في انعقاد العقد، أم لأجل الإثبات فقد ذهب بعض الفقهاء المحدثين[1] إلى أنَّ الرأي السائد هو أنَّ العقد لم يكن شكلياً ولم يكن عينياً، ولكنه لم يكن رضائياً تماماً، فبعض الالتزامات لم تكن تنشأ عنها التزامات إلَّا بتسليم شيء، أو بشكلية معينة، وفي نظري أنَّ هذه الشكلية التي ذكرناها في نقل ملكية الحقل والبيت أخف بكثير من الشكلية عند الرومان فهي أقرب إلى الشكلية الموجودة في بيع الأراضي في النظم الحديثة.

الفرع السابع
الرضائية في شريعة اليهود[2]

اعترفت شريعة اليهود بالملكية الجماعية، وملكية الأسرة والملكية الفردية على فترات متدرجة فكانت ملكية القبيلة تشمل الأراضي التي ترعى فيها ماشيتهم وكانت ملكية هذه الأراضي جماعية، ثمَّ وزعت الأراضي الزراعية على الأسر حسب عدد

---

(١) أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٣٥).

(٢) اليهود ـ نسبة إلى يهوذا بن يعقوب ـ هم أتباع سيدنا موسى عليهم السلام الذي أرسل إليهم في حوالي القرن الثالث عشر قبل الميلاد على الرأي الراجح حيث تشير الوثائق إلى أنَّ موسى عليه السلام قد خرج من مصر في عهد منبتاح الأول حوالي عام (١٢٢٥ ق. م). ومصادر شريعتهم =

أفرادها[1] وكانت هذه الأرض التي تتملكها الأسرة خاصة بها من حيث هي، لا تقبل التصرف فيها ببيعها[2] ثمَّ أجيز التصرف فيها[3] ثمَّ لم تلبث أن تقرر لكل فرد من

= هي: ١ ـ التوراة وهي عبارة عن الأحكام والوصايا والحكم التي أنزلها الله تعالى على موسى عليه السلام وهي تتكون الآن من الأسفار الخمسة، وقد اتفق الباحثون من القرن التاسع عشر ـ كما يقول د. موريس بوكاي ص (٢٧) ـ على أنَّ التوراة لم تكتب، ولم تدون إلَّا بعد عدَّة قرون من وفاة موسى عليه السلام «وكان الكتاب المقدس ـ على حد تعبير د. موريس ص (٢٠) ـ قبل أن يكون مجموعة أسفار تراثاً شعبياً لا سند له إلَّا الذاكرة. وكان أوَّل **تدوين هو لسفري التكوين والخروج** في القرن التاسع قبل الميلاد ـ أي بعد خمسة قرون على أقل التقادير ـ ثمَّ كتب سفر التثنية في القرن السابع قبل الميلاد، ثمَّ سفرا العدد واللاويين في القرنين الخامس، والرابع قبل الميلاد؛ فعلى هذا امتدَّ تحرير التوراة بأسفارها الخمسة أربعة قرون أو ثلاثة على أقل تقدير، ومع ذلك لم يتم تدوين الكتاب المقدَّس إلَّا في القرن الأول بعد الميلاد، غير أن أقدم نص عبري للتوراة يرجع عهده إلى القرن التاسع بعد الميلاد، فلا توجد مخطوطة كاملة للتوراة يرجع تأريخها إلى ما قبل ذلك. ولذلك تضمنت ـ حتى أسفارها الخمسة ـ كثيراً من التناقضات العلمية والأمور التي لا يمكن أن يقال: أنَّها مما أنزل الله تعالى على موسى. يقول د. موريس بوكاي ص (١٢) «وعلى سبيل المثال فإنَّنا نجهل تأريخ ظهور الإنسان لكنه لا شكَّ أنَّه كان قبل الألف العاشر من الميلاد حسب ما اكتشف من آثار ولذلك لا نستطيع علمياً قبول صحة نص سفر التكوين الذي حدد أصل الإنسان (خلق آدم) بحوالي (٣٧) قرناً قبل المسيح، فصدق قول الله تعالى في القرآن الكريم سورة المائدة: آية ١٣ ﴿يحرفون الكلم عن مواضعه ونسوا حظاً مما ذكروا به﴾.

٢ ـ والمصدر الثاني لشريعة اليهود هو التلمود وهو صنعه عدد من الأحبار وهو يتكون من «الميشنا» الذي تمَّ وضعه باللغة العبرية في أواخر القرن الثاني الميلادي وهو يقع في ٦٣ سفراً يضم ما أسند إلى موسى من أقواله في العقيدة والأحكام.

٣ ـ الكتابات الفقهية التي وضعها فقهاء اليهود بعد القرن الخامس الميلادي. انظر: د. موريس بوكاي، التوراة، والإنجيل، والعلم دراسة للكتب المقدسة في ضوء المعارف الحديثة، طبعة دار المعارف باللغة العربية ١٩٧٩ ص (١٨، ٢٠، ٢٧، ٢٦١) وما بعدها؛ و (Diamond) المرجع السابق ص (٩٢)، و د. صوفي أبو طالب، مبادىء تأريخ القانون، ص (١٧٤ ـ ١٧٥)؛ وتأريخ النظم (٢٤٤ ـ ٢٥٧)؛ وقصة الحضارة (٢/٣٦٦).

(١) انظر: التوراة، سفر العدد: ٣٣، ٥٤.

(٢) التوراة، سفر اللاويين: ٢٥، ٢٣.

(٣) التوراة، سفر العدد: ٣٦، ٩.

أفرادها نصيب محدد وبذلك تقررت الملكية الفردية لكنها بحدود وعليها قيود[(١)] فمثلاً تنص التوراة[(٢)] على أنَّه إذا باع أحد أفراد الأسرة نصيبه لأجنبي عن الأسرة جاز لأقاربه أن يسترد العقار المبيع من المشتري ويدفع له الثمن الذي اشتراه به، لكنه في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد بعد الأسر البابلي تغير نظام الملكية حيث تنص التوراة[(٣)] على أنَّ الأرض كلها لله تعالى، لكنها وزعت الأراضي على خمسة أخماس، اختصَّ رجال الدين بأربعة أخماسها التي لا يجوز التصرف فيها بالبيع ونحوه، ووزع الخمس الباقي بين بقية القبائل، لكن حقهم في التصرف فيها مقيد ومؤقت وهو أنَّه تلغى جميع التصرفات القانونية التي أدَّت إلى انتقال الملكية من شخص إلى آخر في سنة الغفران التي تقع مرة في كل خمسين سنة[(٤)] ولا يقتصر إلغاء التصرفات الناقلة للملكية على الأراضي بـل يشمل المنازل في القرى والمدن غير المسورة[(٥)]. أما ملكية البيوت في المدن المسورة فهي ملكية تامة ومطلقة ولا تخضع لنظام سنة الغفران ما عدا القيد الوحيد الذي يعطي الحق للأقارب في استرداد المنزل خلال سنة من تأريخ البيع[(٦)] وفي نطاق العقود والمعاملات لم تكن التجارة شيئاً محبوباً لدى اليهود منذ البداية ولذلك لم يتطور نظام التعاقد عندهم، ولذلك لا نجد بخصوص العقد والالتزامات في كتبهم المقدسة إلَّا نصوصاً قليلة جداً يتعلق معظمها في التوراة بالرهن والقرض حيث تحرم الإقراض بفائدة بين اليهوديين[(٧)] غير أنَّ التوراة تبيح للدائن استرقاق المدين المعسر وزوجته وأولادهما عند عدم الوفاء بدينه لكن استرقاقهم يكون لمدة ستة أعوام فقط[(٨)] غير أنَّ بعض الباحثين يقولون: إنَّ شريعة اليهود القديمة قبل الأسر البابلي كانت تقتضي بتأبيد الاسترقاق[(٩)].

---

(١) يراجع: د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٨١ ـ ٢٨٦)، والمصادر السابقة.

(٢) التوراة، سفر اللاويين: ٢٥، ٢٤ ـ ٢٦.

(٣) التوراة، سفر اللاويين: ٢٥، ٢٣ و٣١ ـ ٣٤.

(٤) التوراة، سفر اللاويين: ٢٥، ٨ ـ ١٤.

(٥) التوراة، سفر اللاويين: ٢٥، ٣١.

(٦) التوراة، سفر اللاويين: ٢٥، ٢٩ ـ ٣٠.

(٧) التوارة، سفر الخروج: ٢٢، ٢٥ وسفر التثنية: ٢٤، ١٣.

(٨) التوراة، سفر الخروج: ٢١، ٢ ـ ٤ وسفر التثنية: ٢٥، ١٢.

(٩) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٨٥).

وأما النصوص التشريعية المتعلقة بالمعاملات التجارية فلا نكاد نجدها إلاَّ ما جاء في التوراة[١] بخصوص حرمة الغش في الموازين، والمكاييل غير أنَّه ظهر للمجتمع اليهودي تطور في العهد الملكي أدَّى إلى ظهور بعض النظم التعاقدية فقد قال الباحثون: إنَّ هذه النظم استعاروها من القانون الفرعوني، ومن القانون البابلي[٢] بدليل إنَّ الوثيقة الوحيدة المختومة بخاتم والخاصة بالبيع الذي أجراه أحد اليهود في إسرائيل عام ٦٥٠ ق. م كانت مكتوبة بلغة أكاد البابلية[٣] ولم يعثر إلى الآن على نصوص تشريعية ولا على وثائق مثبتة للمعاملات اليومية بين الأفراد تبين معالم تطور شهده القانون اليهودي وإن كان حدث تطور تجاري آخر لهم في العصر الإغريقي حيث مارس كثير منهم التجارة وقاموا بالإقراض بفوائد باهظة، أو بضمان رهون ينتفعون بها، فكسبوا ثروات كبيرة، وتكونت لهم ملكيات كبيرة، وأودعوا في المعابد أموالاً نقدية[٤] وربما يعود السبب في قلَّة نصوصهم التشريعية في المعاملات ووثائقهم التعاقدية إلى أنَّهم كانوا مغلقين على أنفسهم، ولم تتحقق لهم أمبراطورية كبيرة فهم لم يكونوا سوى شعب صغير كوَّن دولة صغيرة عاشت فترة قصيرة جداً من الزمن من (١٠٢٥ ق. م إلى ٩٣٠ ق. م) ثمَّ ضعفت وانقسمت على أنفسها إلى دولتين دويلة يهوذا في أورشليم التي ظلَّت ضعيفة إلى أن استولى عليها نبوخذ نصر في ٥٩٧ ق. م ودويلة الشمال التي ظلَّت ضعيفة أيضاً إلى أن انهارت عام ٧٢١ ق. م تحت حكم الأشوريين ولم تقم لهم قائمة حتى قيام إسرائيل على أراضينا المقدسة في ١٩٤٨م[٥].

---

(١) سفر التثنية: ٢٥، ١٣ ـ ١٦.

(٢) د. صوفي أبو طالب، تأريخ النظم، ص (٢٨٤).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) المرجع السابق ص (٢٣٩، ٢٨٥).

(٥) المرجع السابق ص (٢٣٩ ـ ٢٤٩) والمصادر السابقة.

الجذر الثاني
حقيقة العقد، وأقسامه، ونطاقه

ويتفرع منه ثلاثة فروع:

الفرع الأول
التعريف بالعقد لغة وشرعاً وقانوناً،

وينبثق منه ثلاثة أغصان:

الغصن الأول ـ العقد لغة[1]:

هو لغة مصدر: عقده يعقده ـ بكسر القاف في المضارع ـ، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود، وله معانٍ كثيرة منها.

أ ـ الشد، والربط، ونقيض الحل، فيقال: عقد الحبل أي شده.
ب ـ التأكيد، والإحكام، والتوثيق، فيقال: عقد العهد، واليمين أكدهما.
ت ـ العزم، فيقال: لا أحل لها عقدتي أي عزمي.
ث ـ الخيط الذي ينظم فيه الخرز، قال عدي بن الرقاع:

وما حسينة إذا قامت تودعنا ... للبعد، واعتقدت شذراً ومرجانا[2]

والعِقد ـ بكسر العين ـ القلادة.

---

(١) راجع لهذا المبحث: لسان العرب، لابن منظور، دار المعارف، ص (٣٠٣٠ ـ ٣٠٣٣)؛ والقاموس المحيط للفيروز آبادي، ط. مصطفى الحلبي (٣٠٧٩)؛ والمصباح المنير للفيوس، ط. مصطفى الحلبي (٢/٧١)؛ والمفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، ط. دار المعرفة ص (٣٤١).

(٢) لسان العرب (٢٠٣١).

ج ـ الجمع، وقد ورد في الحديث: «وإنه لأول مال اعتقدته» أي جمعته[1].
ح ـ العهد، فيقال: عاهدته على كذا أي عاهدته عليه، والمعاقدة المعاهدة[2].
هذا وقد وردت مادة «عقد» في القرآن الكريم سبع مرات هـي.

أ ـ لفظ «العقود» في قوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[3] وقد فسرها المفسرون بأنَّ معناها: العهود، وإنَّها أوثق العهود وآكدها[4].
ب ـ ولفظ «عُقْدَة» ثلاث مرات وهي: قوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عُقْدَة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾[5] وقوله تعالى: ﴿إلاَّ أن يعفون أو يَعْفُوَاْ الذي بيده عقدة النكاح﴾[6] قال الراغب (ت ٥٠٢ هـ): «والعقدة اسم لما يعقد من نكاح، أو يمين، أو غيرهما»[7]. وقوله تعالى: ﴿واحلل عقدة من لساني﴾[8] وقال الراغب: «وبلسانه عقدة أي في كلامه حبسة»[9].
ت ـ ولفظ «عَقَدَتْ ـ أي بالتخفيف ـ في قوله تعالى: ﴿والذين عَقَدَتْ أيمانكم﴾[10] أي الذين انعقدت عهودكم[11]. وقد روى البخاري وغيره أنَّ المراد به

---

(١) الحديث رواه أحمد في مسنده، ط. بيروت (٥/٢٠٦).
(٢) المصادر السابقة نفسها، ويقول الأستاذ صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ط. بيروت ١٩٤٨م، إنَّ كلمة «العقد» تقرب لفظاً ومعنى من كلمة «العهد» وفي الكلمتين كما ترى معنى الارتباط والالتزام، ونرجح أن يكون أصلهما واحداً، لأنَّه في علم «الفيلولوجيا» العربية تشابه الألفاظ يقابله أحياناً التشابه في المعنى.
(٣) سورة المائدة: الآية ١.
(٤) تفسير القرطبي بتحقيق الشيخ محمود شاكر، ط. دار المعارف (٩/٤٥١)؛ وتفسير القرطبي، ط. دار الكتب (٤/٣٠)؛ وتفسير ابن كثير، ط. دار المعارف، بتحقيق د. إبراهيم البنا، و د. محمد أحمد عاشور (٣/٤)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٤)؛ والمفردات في غريب القرآن، ط: دار المعرفة ص (٣٤١).
(٥) سورة البقرة: الآية ٢٣٥، وراجع تفسير القرطبي (٣/١٩٢).
(٦) سورة البقرة: الآية ٢٣٧، وراجع تفسير القرطبي (٣/٢٠٥).
(٧) المفردات في غريب القرآن ص (٣٤١).
(٨) سورة طه: الآية ٢٧.
(٩) المفردات في غريب القرآن ص (٣٤١).
(١٠) سورة النساء: الآية ٣٣.
(١١) انظر تفسير القرطبي (٥/١٦٧).

العقد الذي آخى به المهاجرون والأنصار حيث كانوا يتوارثون به إلى أن نزلت آيات المواريث[1].

ث ـ ولفظ «عَقَّدْتُمْ» ـ بتشديد القاف ـ في قوله تعالى: ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عَقَّدْتُمُ الأَيْمانَ ﴾[2] وقال ابن كثير: أي بما صممتم عليه من الأيمان وقصدتموها[3].

ج ـ ولفظ «العُقَد» ـ بضم العين وفتح القاف ـ في قوله تعالى: ﴿ومن شر النفَّاثات في العقد﴾ [4] قال الراغب: إنَّ العُقَدَ جمع عَقْدٍ وهي ما تعقده الساحرة، وأصله من العزيمة [5].

وغير خاف أنَّ هذه المعاني التي استعمل فيها «العقد» في القرآن الكريم لا تخرج عن معانيها اللغوية، **وكذلك الحال في السنة المشرفة** حيث ورد فيها لفظ «العقد» ومشتقاته كثيراً: منها لفظ «العقد» الوارد في الحديث الذي رواه البخاري بسنده عن عبد الرحمن بن أبي بكر قال: «وكان بيننا وبين قوم عقد»[6] أي عهد وحلف، وفي الحديث الذي رواه أحمد بلفظ «من أحب أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل فيه... فقالوا نحن مع عقد رسول الله»[7] وروى البخاري بسنده عن عائشة قالت: «... فأتى ابن الدغنة أبا بكر فقال: قد علمت الذي عقدت لك عليه...»[8] أي أخذت لك عهداً من الكفار أن لا يؤذوك.

وروى أبو داود بسنده: «من عقد الجزية...»[9].

وروى البخاري ومسلم أنَّه ﷺ قال: «الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة»[10] وروى مسلم «لا أُحُلُّ لها عقدة حتى أقدم المدينة»[11] وروى أحمد: «فتعاقد

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري، ط. السلفية، كتاب الكفالة (٤/٤٧٢).

(٢) سورة المائدة: الآية ٨٩، وراجع تفسير القرطبي (٦/٢٦٤).

(٣) تفسير ابن كثير (٣/١٦٣).

(٤) سورة الفلق: الآية ٤، وراجع تفسير القرطبي (٢٠/٢٥٧)؛ وتفسير ابن كثير (٨/٥٥٥).

(٥) المفردات في غريب القرآن ص (٣٤١).

(٦) صحيح البخاري مع فتح الباري، كتاب المواقيت (٢/٧٦).

(٧) مسند أحمد (٤/٤٢٥).

(٨) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الكفالة (٤/٤٧٦).

(٩) سنن أبي داود ـ مع عون المعبود ـ ط. السلفية بالمدينة المنورة، كتاب الإمارة (٨/٣٣٥).

(١٠) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ، كتاب الجهاد (٦/٥٤)؛ ومسلم كتاب الزكاة (٢/٦٨٣).

(١١) صحيح مسلم كتاب الحج (٢/١٠٠١).

أربعة من أصحاب محمد...»[1] أي تعاهدوا وروى أيضاً: «وتعاقدوا باللات والعزى»[2] أي حلفوا بهما وعاهدوا، وروى البخاري عن عائشة قالت: «جلست إحدى عشرة امرأة فتعاهدن وتعاقدن...»[3] والمراد بالعقد وجود العهد الموثق. وهكذا نرى أنَّ مادة «عقد»[4] التي وردت على لسان الرسول ﷺ وأصحابه لم تخرج معانيها عمَّا ذكرناه سابقاً.

٣ ـ الخلاصة:

وإذا استعرضنا هذه المعاني اللغوية للفظ: «العقد» وعمقنا النظر فيها نصل إلى نتيجتين: ـ

الأولى: أنَّ هذه المعاني وإن تعددت فهي متقاربة بعضها من بعض وهي وإن كثرت فهي مترابطة يجمعها معنى «الربط» المطلق عموماً ويشد بعضها إلى بعض، قال الطبري: وأصل العقد: عقد الشيء بغيره، وهو وصله به كما يعقد الحبل بالحبل إذا وصل به شداً[5] وقال الجصاص: سمى اليمين عقداً لأنَّ الحالف ربط نفسه بالمحلوف عليه وألزمها به[6].

الثانية: أنَّ هذه المعاني التي ذكرت للعقد وإن كان يجمعها «الربط» لكن «الربط» في بعضها حسي كالشد ونقيض الحل... وفي الآخر معنوي مثل العهد والتأكيد والحلف والعزم، قال القرطبي: «العقد على ضربين، حسي كعقد الحبل، وحكمي كعقد البيع، فاليمين منفعلة من العقد وهي عقد القلب في المستقبل أن لا يفعل، فهذه اليمين يحلها الاستثناء والكفارة»[7] وعلى ضوء هذا يكون إطلاق العقد على الربط المعنوي: مثل العهود والبيوع واليمين... اطلاقاً حقيقياً في اللغة، كما أنَّ إطلاقه عليه حقيقة في الشرع.

---

(١) مسند أحمد (٤/٤٢٧).

(٢) مسند أحمد (١/٣٠٣).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب النكاح (٩/٢٥٤).

(٤) راجع المعجم المفهرس لألفاظ الحديث مادة «عقد».

(٥) تفسير الطبري (٩/٤٥١)؛ ومجاز القرآن (١/١٤٥).

(٦) أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٤).

(٧) تفسير القرطبي (٦/٣٢).

وذهب بعض العلماء منهم الجصاص[1]، والراغب والأصفهاني[2] وأبو حيان[3] والزمخشري[4] والشهاب[5] والألوسي[6] إلى أنَّ «العقد» حقيقة في الربط الحسي كربط الحبل ونحوه، ومجاز في الربط المعنوي فقد قالوا: إنَّ أصله في الأجرام ثمَّ توسع فأطلق في المعاني.

والذي ظهر لي ـ بعد تتبع كتب اللغة ـ أنَّ إطلاق «العقد» على الربط المعنوي إطلاق حقيقي لا غبار عليه، حيث إنَّه يبادر إليه الذهن عند الإطلاق ودون الحاجة إلى قرينة ودليل، كما أنَّ الأصل في الإطلاق الحقيقة دون المجاز. أضف إلى ذلك أنَّ أهل اللغة[7] ذكروا من بين معانيه الحقيقية العهد والحلف والعزم والتوكيد... وهذه كلها أمور معنوية وليست أجراماً حسية فقالوا: المعاقدة المعاهدة ويقال: عقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد[8] وقال الحطيئة:

أولئك قوم إن بنوا أحسنوا البنا وإن عاهدوا أوفوا، وإن عاقدوا شدوا[9]

وقال أبو خراش الهذلي:

كم من عقيد وجار حل عندهم ومن مجار بعهد الله قد قتلوا[10]

والعقيد هو الحليف.

إذن فإطلاق «العقد» في اللغة على الربط المعنوي إطلاق على سبيل الحقيقة

---

(1) حيث قال: «فسمى ـ أي التزام الوفاء ـ عقداً من أجل التوكيد الذي في اللفظ تشبيهها بعقد الحبل الذي هو بيده». أحكام القرآن (٢/٢٩٥).

(2) حيث قال: «ويستعمل العقد في الأجسام الصلبة كعقد الحبل.. ثمَّ يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما»، والمفردات في غريب القرآن ص (٣٢١).

(3) فقد قال «وأصله ـ أي العقد ـ في الأجرام ثم توسع فأطلق في المعاني» البحر المحيط (٣/٤١١).

(4) حيث قال في الكشاف (١/٤٦٦) «العقد هو العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه».

(5) قال الشهاب في حاشية على تفسير البيضاوي (٣/٢٠١) وأصل معنى العقد الربط محكماً ثمَّ تجوز به العهود وعقود المعاملات».

(6) فقد قال في تفسيره (٢٢/٢٣٩) «أصل العقد الربط محكماً، ثمَّ تجوز به من العهد الموثق».

(7) لسان العرب ص (٣٠٣١)؛ والقاموس المحيط (١/٣٢٧)؛ والمصباح المنير (٢/٧١).

(8) لسان العرب مادة (عقد) ص (٣٠٣١).

(9) ديوان الحطيئة ص (٦).

(10) لسان العرب ص (٣٠٣١).

أيضاً غير أنَّه يثور سؤال: هل «الربط المعنوي» معنى مستقل من معاني «العقد» فيكون إطلاق «العقد» عليه من قبيل إطلاق اللفظ على أحد معانيه المتعددة فيصبح مشتركاً لفظياً[1] أم أنَّه فرد من أفراد مطلق «الربط» فيكون «العقد» كليّاً متواطئاً[2] لمطلق الربط الشامل للحسي والمعنوي.

ونوضح ذلك باختصار: أننا إذا قلنا: إنَّ معنى «العقد» هو «الربط» فقط وإنَّ بقية معانيه الأخرى منبثقة منه، وداخلة فيه فحينئذٍ يرد هذا السؤال وهو أنَّ الربط المعنوي هل يسمى ربطاً على سبيل الحقيقة؟ أم أن «الربط» خاص بالمحسوس، وحينئذٍ لا يطلق على الربط المعنوي إلَّا على سبيل المجاز فإذا اخترنا أنَّ «الربط» حقيقة في الربط المعنوي أيضاً، وأنَّ مطلق «الربط» عام لكليهما فيكون إطلاق «العقد» على العهد واليمين ونحوهما إطلاقاً حقيقياً لا محالة، ويكون الربط المعنوي فرداً من أفراد «العقد».

أما إذا اخترنا: أن «الربط» خاص بالربط الحسي فيكون إطلاق العقد ـ على فرض حصر معانيه في الربط ـ على العهود ونحوها إطلاقاً مجازياً لا مجال للمراء فيه. ويمكن أن يحمل كلام الجصاص ونحوه على هذا التقدير وحتى نقطع هذا النزاع والتقدير نعود إلى كتب اللغة فنرى أنَّ الظاهر في إطلاقات «الربط» هو إطلاقه على الأمر الحسي فيقال: ربط الشيء يربطه، ربطاً: أي شدَّه شداً، قال الأزهري: واصل الرباط من مرابط الخيل وهو ارتباطها ـ أي شدها بإزاء العدو في بعض الثغور، والعرب تسمي الخيل إذا ربطت بالأفنية ربطاً فتجمع على الرباط[3] وهذا لا يمنع من أن «الربط» أطلق على الأمر المعنوي فيقال: رابط الجأش ـ أي شديد القلب وكأنَّه يربط نفسه عن الفرار، وقالوا: الرباط: الفؤاد، فكأنَّ الجسم ربط به وغير ذلك[4].

---

(١) المشترك اللفظي: هو ما وضع لأكثر من معنى بأوضاع مختلفة كلفظ «العين» التي تستعمل في العين الباصرة، والعين الجارية وغيرهما. التعريفات للسيد ص (١١٣) والإبهاج شرح المنهاج، ط. مكتبة الكليات الأزهرية (١/٢١٤، ٢٤٨).

(٢) الكلي المتواطىء: هو الكلي المقول على الكثيرين بالسوية كالإنسان الذي يطلق على جميع أفراده بالسوية. التعريفات ص (١٠٦) والإبهـاج (١/٢٨٦).

(٣) لسان العرب ص (١٥٦١)؛ والقاموس المحيط (٢/٣٧٤)؛ والمصباح المنير (١/٢٣٠) مادة «ربط».

(٤) المصادر السابقة أنفسها.

وأياً كان الأمر في حقيقة «الربط» فإنَّه لا يضير بدعوانا في أنَّ العقد حقيقة في الربط المعنوي أيضاً وذلك لأنَّ معانيه لا تنحصر فيه، ولم يربط به فحسب، بل له معان كثيرة كالعهد، والحلف، والتوكيد، ونحوها من الأمور المعنوية ـ كما سبق ـ لذلك كله فالراجح هو أنَّ العقْد في اللغة حقيقة في مطلق «الربط» الشامل للحسي والمعنوي فيكون كلياً شاملاً لجميع أفراده على سبيل الحقيقة، لا على سبيل المجاز، ولا نقول: إنَّه مشترك لفظي؛ لأنَّ فهم معانيه ميسور بدون الحاجة إلى القرينة، والجمع بين معانيه وارد لا تعارض فيه[1] وعلى هذا أقوال علماء اللغة قال أبو عبيدة: العقود هي العهود والأيمان[2].

وقال الحطيئة يمدح قوماً وفوا بعقدهم لجارهم:

قــوم إذا عـقــدوا عقــداً لـجــارهــم   شــدوا العِناج وشــدوا فوقـه الكربـا[3]

وتأسيساً على ما سبق فالعقد قد أطلق كثيراً على العهد وهو حقيقة فيه أيضاً، ولذلك يقول ابن منظور اللغوي: «العقد هو العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، فيقال: عهدت إلى فلان كذا وكذا تأويله: ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته، أو عقدت عليه فمعناه: أنك أُلزمته ذلك باستيثاق»[4].

الغصن الثاني ـ العقد في اصطلاح الفقهاء:

يدور العقد في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية حول معنيين: عام وخاص.

الأول ـ المعنى العام للعقد:

وهو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء التزم في مقابل التزام آخر كالبيع ونحوه، أم لا، كاليمين، والطلاق، والنذور، وسواء كان التزامه التزاماً دينياً كأداء

---

(١) وأيضاً أنَّ اللفظ إذا دار بين الحقيقة والمجاز، والمشترك اللفظي فاختيار الحقيقة أولى إن أمكن ثمَّ المجاز، ثمَّ المشترك، وذلك لأنَّ المشترك مجمل يحتاج إلى بيانٍ.

(٢) راجع تفصيل ذلك في الإبهاج شرح المنهاج (١/٢١٤ ، ٢٢٨). وانظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦/٣٢)؛ وفتح القدير في التفسير للشوكاني (٢/٣).

(٣) ديوان الحطيئة (٦) والعِناج ـ بكسر العين ـ خيط يشد في أسفل الدلو ثمَّ يشد في عروقها، والكرب: الحبل الذي يشد الدلو بعد المنين، وهو الحبل الأول، فإذا انقطع المنين بقي الكرب. ضرب الشاعر بهذه الأمثلة للمبالغة في الوفاء بعقودهم وعهودهم.
انظر: لسان العرب ص (٣١٢٣).

(٤) لسان العرب ص (٣٠٣١).

الفرائض والواجبات، وترك المحرمات، أم التزاماً دنيوياً. قال الشافعي: «فظاهره - أي الوفاء بالعقود - عام على كل عقد، ويشبه أن يكون الله تعالى أراد أن يوفوا بكل عقد، وكل عقد نذر»[1] وقال أحمد: العقود هي العهود كلها[2] وهذا ما ذكره المفسرون في تفسير قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[3] أنَّها تشمل عقود الإيمان، والنكاح، والعهد، والحلف، والبيع، كما تشمل الفرائض، والواجبات والمحرمات[4]. قال ابن العربي: «إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع الله تعالى، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل»[5] غير أنَّ الجصاص قد اتَّخذ لنفسه مسلكاً خاصاً وهو أنَّه وإن كان مع معظم المفسرين في تعميم العقد لكل ما يلتزم به الإنسان سواء كان صادراً من شخص واحد، أو من طرفين متقابلين لكنه اشترط أن يكون التزامه بشيء يتحقق في المستقبل فقال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، لأنَّ العقد إذا كان في أصل اللغة الشد، ثمَّ نقل إلى الأيمان، والعقود فإنَّما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره، وإيجابه عليه، وهذا إنَّما يتناول منه ما كان منتظراً مراعي في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع، والنكاح، وسائر عقود المعاوضات عقوداً، لأنَّ كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمى اليمين على المستقبل عقداً، لأنَّ الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك... وكذلك العهد والأمان... وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور، وإيجاب القرب، وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلَّق على شيء في المستقبل»[6] ثمَّ بين الجصاص أن ما لا يتعلق بمعنى في المستقبل لا يسمى عقداً، لأنَّه لا يمكن الوفاء به، فمدار العقد عنده على التزام يمكن الوفاء به، وبرهن على ذلك لغوياً فقال: لأنَّ العقد هو ضد الحل، ومعلوم أنَّ ما قد وقع يستحيل حله[7].

وهذا المعنى الواسع الذي ذكره المفسرون للعقد لا يخرج عن أصل معناه

---

(١) أحكام القرآن للشافعي (٢/٦٥ - ٦٦).

(٢) قاعدة العقود لابن تيمية - التي نشرتها دار المعرفة في لبنان خطأً باسم نظرية العقد - ص (٩٥).

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) تفسير الطبري (٩/٤٤٩)؛ وأحكام القرآن لالكيا الهراسي (٣/٩)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٢/٥٢٤)؛ وتفسير الطبري (٦/٣١)؛ وتفسير ابن كثير (٣/٥).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٥٢٦).

(٦) أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٤ - ٢٩٥).

(٧) أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٥).

اللغوي وهو مطلق الربط والشد والإحكام والتوثيق والعهد، وبهذا التعميم قد أورده كثير من الفقهاء فقد نقل الجصاص عن الإمام أبي حنيفة أنَّه أطلق العقد على اليمين المتعلق بالمستقبل[1] وأطلق الإمام الشافعي العقد على النذر[2] وأطلق أبو المظفر السمعاني (٤٨٩) العقد على الطلاق[3] وقد قال الإمام النووي (ت ٦٧٦ هـ): العقد ضربان: ضرب ينفرد به الشخص، وضرب لا بدَّ فيه من متعاقدين، أمَّا الذي ينفرد به العاقد فسبعة: عقد النذر، وعقد اليمين، وعقد الطلاق، وعقد الضمان، وعقد الصلاة ـ لا الجمعة ـ وعقد الحج، وعقد العمرة...»[4] وذكر ابن الهمام (ت ٨٦١ هـ) وصاحب جامع الفصولين من أنواع العقد الطلاق والعتاق[5] وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية من ضمن العقود: العتق وعقد الولاء والطاعة، والنذر، واليمين، كما أطلقها على المعاهدات التي تتم بين المسلمين، والكفار[6] وكذلك فعل العلامة المرداوي الحنبلي[7] ونقل ابن رجب عن القاضي أبي يعلى، وأبي الخطاب إطلاق العقد على الطلاق، والنذر[8].

ولا يخفى أن تسمية هذه التصرفات عقوداً لا تتم إلاَّ على هذا المعنى العام الشامل لكل التزام سواء كان من طرف واحد، أو من طرفين، وسواء كان بين الأفراد، أو بين الدول ـ بين دولة وأخرى، أو بينها وبين فرد ـ من المعاهدات والأحلاف، وسواء كان عقوداً مالية، أم غير مالية، ثمَّ سواء كان بين العبد وربه، أو بين العباد.

المعنى الثاني: العقد بمعناه الخاص. وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين.

وهذا المعنى هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء[9] عندما يطلقون لفظ

---

(١) المصدر السابق (٢/٢٩٦)؛ وراجع تكملة فتح القدير (٦/٢١).

(٢) أحكام القرآن للشافعي (٢/٦٦).

(٣) الاصطلام في الخلاف ـ مخطوطة اطلعت عليها في استانبول بمكتبة جار الله ٥٨٢، ورقة (١٩٩).

(٤) مجموعة القواعد للنووي، مخطوطة الأزهر (٢١٧٠)؛ فقه الشافعي ورقة (٩١). هذا وقد أخذ القاضي زكريا هذا التقسيم من النووي وأودعه في كتابه شرح التحرير (٢/٣) كما أخذه عنه الزركشي في القواعد، ط. وزارة أوقاف الكويت (٢/٣٩٧).

(٥) فتح القدير (٥/٧٦)؛ وجامع الفصولين (٢/٢).

(٦) قاعدة العقود (ص ١٥، ١٦، ١٨، ٢١).

(٧) الإنصاف (٤/٢١١، ٢١٧، ٢٥٩).

(٨) القواعد لابن رجب ص (٥١).

(٩) ينظر: أحكام القرآن للشافعي (٢/٦٦)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٨)؛ والأشباه والنظائر =

العقد على هذا المعنى الخاص عند بحثهم عن صيغ العقود من إيجاب وقبول أو يريدون به عند الإطلاق هذا المعنى الخاص فمثلاً، نرى الإمام الشافعي يذكر لفظ العقد عند إرادته النذر مقيداً فيقول: «... أي - أن يوفوا بكل عقد... وكل عقد نذر»[1] ونقل الآلوسي عن الطوسي: «أنَّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلاَّ بين اثنين»[2].

وهناك نصوص كثيرة من الفقهاء في هذا المعنى فمثلاً نجد ابن نجيم الحنفي يذكر تقسيمات العقود، ولا يذكر منها إلاَّ العقود بمعناها الخاص[3] وكذلك أشار إلى هذا المعنى الخاص البابرتي[4] وابن الهمام[5] والكاساني[6]، وذكر العلامة الدردير المالكي أنَّه «لا يكون العقد إلاَّ بين اثنين»[7] وتبعه في ذلك العلامة الدسوقي[8]. وأشار الغزالي والنووي والبيضاوي إلى أنَّ صورة العقد تتم بالإيجاب والقبول[9] وقال

= لابن نجيم ص (٣٣٦)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥)؛ والقواعد لابن رجب ص (٧٤)؛ والشيخ أبو زهرة، نظرية العقد ص (٢٠١)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (٧٢)؛ وأستاذنا الدكتور الشيخ شوكت العدوي، نظرية العقد طبعة (استنسل) لدبلوم الفقه المقارن بكلية الشريعة ص (٢)؛ وأستاذنا الدكتور محمد مصطفى شحاتة، أحكام العقود ص (١٦ - ١٧)؛ والدكتور السنهوري، مصادر الحق (١/٧٤)؛ وأستاذنا الدكتور علي مرعي، فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة سنة ١٩٧٢ ص (١)؛ والدكاترة: محمد الدهمي، ومحمود محمد علي، وعبد العزيز العزام، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية ص (٤)؛ والدكتور محمد رأفت عثمان، عقد البيع في الشريعة الإسلامية ص (٨).

(١) أحكام القرآن للشافعي (٢/٦٦).

(٢) تفسير الألوسي (٢٢/٢٣٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٦).

(٤) شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير (٥/٧٤).

(٥) فتح القدير على الهداية (٢/٣٤١).

(٦) بدائع الصنائع للكاساني (٦/٢٩٩٠).

(٧) الشرح الصغير للدردير مع شرحه بلغة السالك (٢/٣٤).

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥).

(٩) الوسيط في المذهب، مخطوطة دار الكتب (٣١٢ فقه شافعي) ق (٥٧)، والمجموع (٩/١٧٥)، والغاية القصوى في دراية الفتوى، تحقيق علي القره داغي (٢/٦٠٧، ٦١٣) حيث قال: «والأول - أي من أركان المضاربة - الصيغة، ولا بد من الإيجاب والقبول، لأنَّه عقد».

السيوطي: «لم يحتج الفسخ إلى قبول... دون العقود»[1] وقال ابن القاسم الشافعي: «العقد: مجموع الإيجاب والقبول»[2] وذكر ابن قدامة، وابن رجب الحنبلي أقسام العقود ولم يذكرا منها التصرف الذي يتم بإرادة منفردة[3] وهكذا الأمر في بعض كتب الإمامية[4].

فهذه النصوص وغيرها تدل على أنَّ لفظ العقد ـ عند الإطلاق ـ يحمل في الغالب على هذا المعنى الخاص ـ أي ما يتم بإرادتين ـ ومع ذلك فإنها لا يمكن أن تدفعنا إلى القول بحصر «العقد» في هذا المعنى الخاص، لأنَّ وروده بمعناه العام شائع على ألسنة الكثيرين من الفقهاء ولا سيما المتقدمين كأبي حنيفة والشافعي وأحمد والطبري والجصاص وغيرهم ـ كما سبق ـ وحتى الذين نقلت عنهم هذه النصوص في إطلاق العقد على ما يتم بإرادتين أطلق معظمهم العقد على الطلاق، واليمين ونحوهما[5] ولذلك فالذي أفهمه من خلال هذه النصوص هو أنَّ العقد في اصطلاح المفسرين والفقهاء هو ما التزم بإحداثه الإنسان سواء كان له مقابل أم لا، ولا شك حينئذٍ يكون شاملاً للعقد بمعناه العام، أو الخاص، فليس بإمكان أحد إنكار ورود العقد بمعناه العام بل شيوعه حتى على ألسنة الفقهاء ـ كما سبق ـ ولذلك فالحق أنَّ شمول العقد للإرادة المنفردة إنَّما هو من صنيع الفقه الإسلامي، وطابعه الخاص، وأرى أنَّ هذا الإطلاق نابع من الصبغة الدينية والأخلاقية التي قام عليها فقه المعاملات فلم يختلف أحد من الفقهاء ولا من المفسرين أنَّ المراد بالعقود في قوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[6] هو المعنى العام الشامل للإرادة المنفردة أيضاً[7] وذلك لأنَّ العقد إذا أريد به الربط فهذا الربط متحقق في عرفهم بأنَّ الإنسان المتمتع بالأهلية الكاملة إذا صدر عنه كلام ملزم فهو قد ارتبط به من حيث إنَّه ربط نفسه به، ومن حيث المسؤولية التي تقع عليه فيما بينه وبين الله تعالى. فخلف الوعد حرام بل صفة من صفات النفاق[8]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٨).

(٢) حاشية أبي القاسم على تحفة المحتاج شرح المنهاج (٤/٢١٤).

(٣) المغني لابن قدامة (٣/٥٩٤)؛ والقواعد لابن رجب ص (٧٤).

(٤) وسيلة النجاة، ط. دار التعارف بلبنان (٢/١١، ٥٢، ١٢٧، ١٣٥).

(٥) الأحكام للشافعي (٢/٦٦) والمصادر السابقة في المعنى العام.

(٦) سورة المائدة: الآية ١.

(٧) المصادر السابقة التي ذكرناها في العقد بمعناه العام.

(٨) فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما أنَّ النبي ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان». =

وإذا كان المراد بالعقد هو التوثيق، فإنَّ التوثيق لا يحتاج إلى أي شكلية في الشريعة الإسلامية الغراء، بل هو يتحقق بمجرد صدور الكلام عن قائله، وذلك لأنَّ القوة الملزمة للعقد لا تكتسب من السبب ـ كما هو الحال في القوانين اللاتينية الحديثة ـ ولا من المقابل ـ كما هو الحال في القانون الإنجليزي ـ ولا من الشكلية ـ كما كان الحال في القانون الروماني[1] بل تكتسب من أوامر الله تعالى بالوفاء بالعقود والتعهدات والالتزام في آيات كثيرة، ونواهيه عن الخلف عنها ونقضها، فالمسؤولية موجودة أمام المسلم: بمعنى أنَّ المسلم مسؤول عن كلام يصدر عنه قال تعالى: ﴿ولا تقفُ ما ليسَ لكَ به علمٌ إنَّ السمعَ والبصر والفؤادَ كل أولئكَ كانَ عنه مسؤلاً ﴾[2] فاليمين ملزمة والطلاق ـ على غير المال ـ ملزم ولا حاجة فيهما إلى وجود مقابل بالاتفاق[3] ولذلك فالذي يظهر لي رجحانه هو أنَّ العقد مطلق الالتزام فعلى هذا أنَّ إطلاق العقد على الإرادة المنفردة إطلاق حقيقي من باب الكلي المتواطىء عند المفسرين والفقهاء المتقدمين ومن باب الكلي المشكك[4] عند بعض المتأخرين الذين غلب عندهم إطلاق العقد على معناه الخاص في إطلاقاتهم وليس من باب المشترك اللفظي[5].

= انظر: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الإيمان (١/٨٩)؛ ومسلم كتاب الإيمان (١/٧٨).

(١) انظر: المصادر السابقة في الجذر الأول.

(٢) سورة الإسراء: الآية ٣٦.

(٣) انظر فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣/٢٠)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٦١)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٥)؛ والروضة (٨/٢٢...)؛ والمغني لابن قدامة (٧/٩٦)؛ والإجماع لابن المنذر، ط. دار الدعوة ص (٧٩).

(٤) الكلي المتواطىء هو كل لفظ يشتمل على أفراد كثيرين يتساوون في تبادر الذهن إليهم عند إطلاقه.

والكلي المشكك هو كل لفظ يشتمل على أفراد كثيرين لكن الذهن يتبادر إلى بعضهم عند الإطلاق أكثر من غيره أو أنَّ بعضها أكمل من بعض مثل الوجود حيث إنَّه يشمل كل وجود لكن وجود الله تعالى أكمل من وجود غيره، مع أنَّه فرد من أفراد الوجود، بخلاف المشترك اللفظي مثل إطلاق القرء على الحيض، والطهر، فمثلاً ليس كل من الحيض والطهر فرداً من أفراد القرء بل إن القرء مرة يطلق بهذا المعنى، ومرة يطلق بذاك، ولهذا لا يجتمعان فيه، في حين أنَّ أفراد المشكك داخلة فيه.

انظر: التعريفات للسيد ص (١٠٦ و١١٤) والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي (١/٢١٤، ٢٤٨ ـ ٢٦٨).

(٥) ذهب الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم (رحمه الله) في كتابه، الالتزامات في الشريعة الإسلامية، ط. =

تعاريف المتأخرين، والمحدثين للعقد ـ مع مناقشتها:

١ ـ وعلى ضوء المعنى الخاص للعقد فقد عرفه كثير من الفقهاء المتأخرين:

أ ـ فقد عرفه ابن الهمام (ت ٨٦١ هـ) بأنَّه: «مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما ـ أعني متولي الطرفين»[١] وتبعه في هذا التعريف ابن عابدين[٢]، وابن القاسم الشافعي[٣]، والدسوقي المالكي[٤].

ب ـ وعرفه الورشكي الحنفي بأنَّه: «معنى يحل المحل فيتغير به»[٥] أي هو معنى يقع على المعقود عليه فيتغير به من حال إلى حال وقد ناقش الورشكي تعريف ابن الهمام بأنَّه تعريف لأداة العقد وليس للعقد نفسه حيث قال: «زوجت وتزوجت آلة انعقاده»[٦].

وقد ردَّ عليه ابن الهمام بأنَّه لا نسلم أنَّ العقد هو المعنى الذي يحل في المحل ويتغير به، لأنَّ هذا أثر من آثار العقد وذلك لأنَّ المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد، بل العقد ليس إلَّا الإيجاب والقبول فقال: «وقول الورشكي... إطلاق له على حكمه... وإخراج اللفظ عن مسماه وهو اصطلاح غير مشهور»[٧].

= دار الأنصار ص (٤٢) إلى: «أنَّ العقد في فقه القانون الشرعي يطلق بطريق الاشتراك على معنيين: أي المعنى العام والخاص»..

ومما يلاحظ عليه أنَّ الاشتراك اللفظي إنَّما يتحقق إذا كان المعنيان وضعا بوضعين مختلفين، ولم يجمعهما المعنى العام له، وكانا بحيث إذا أطلق اللفظ لم يفهم منه أحدهما بعينه، وهذا مما لا يتحقق مع لفظ العقد الذي هو التزام شامل لتوافق إرادتين على إنشاء أثر، ولإرادة منفردة فبذلك يكون مشتركاً معنوياً.

انظر: لأحكام المشترك: الإبهاج في شرح المنهاج (١/٢١٤، ٢٤٨ ـ ٢٦٨)؛ وتيسير التحرير، ط. مصطفى الحلبي (٢/٣١)؛ وجمع الجوامع، ضمن مجموع المتون، ط. مصطفى الحلبي ص (١٣٦).

(١) فتح القدير (٢/٣٤١).

(٢) رد المحتار على الدار المختار (٣/٩).

(٣) حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج (٤/٢١٤).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥).

(٥) فتح القدير (٢/٣٤١).

(٦) المصدر السابق نفسه.

(٧) المصدر السابق نفسه.

كما اعترض بعض[1] على تعريف ابن الهمام بأنَّه تعريف غير تام لأنَّ مجرد الإيجاب والقبول لا يسمى عقداً في الشرع بحيث تترتب عليه آثاره، بل لا بدَّ من أن يحكم الشارع بأن الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكمياً فحينئذٍ يوجد العقد وتترتب عليه آثاره[٩].

جـ ـ وعرفه برهان الشريعة (ت ٥٦٠ هـ) والسيد شريف بأنَّه: «ربط أجزاء التصرف ـ أي الإيجاب والقبول ـ شرعاً»[٣] وهذا التعريف كما نرى قد تفادى الاعتراض السابق.

٢ ـ وقد عرفه المحدثون بتعريفات كثيرة منها تعريف قدري باشا حيث عرفه بقوله: «العقد: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»[٤] وهذا ما اختاره الكثيرون منهم[٥].

والمراد بالارتباط ـ أو الربط ـ هنا هو اتصال كلام الموجب بكلام القابل اتصالاً حقيقياً، أو حكماً. وهو جنس يشمل كل ارتباط تمَّ بين الطرفين سواء كان ترتب عليه الأثر أم لا فذكر «على وجه... إلخ» ليخرج به الارتباط الذي لم يترتب عليه أثر بأن يكون من فاقدي الأهلية، أو لم يتوفر فيه الشروط المطلوبة لإنشاء الأثر.

وعرفه بعض آخر بأنَّه «مجموع الإيجاب والقبول ـ أو ما يقوم مقامهما ـ على وجه يرتب الشارع آثاره»[٦] وهو تعريف ابن الهمام ـ السابق ـ مع زيادة بيان الآثار.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٣) بأنَّه: «العقد هو: التزام المتعاقدين، وتعهدهما أمراً ـ وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول».

---

(١) وهو أستاذنا الدكتور الشيخ محمود شوكت العدوي في نظرية العقد، مذكرات لطلبة الدبلوم الثاني في شعبة الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، ص (١).

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) الوقاية مخطوطة طوب قاب باستنبول برقم (٣٧٣٣) ورقة ٧٠؛ والتعريفات، ط. دار التونسية، ص (٨٢)؛ وحاشية ابن عابدين على در المختار (٣/٩).

(٤) مرشد الحيران ص (٤٩)، المادة (٢٦٢).

(٥) منهم الشيخ إبراهيم، الالتزامات في الشريعة الإسلامية، ص (٤٢)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات، ص (٧٢)؛ والشيخ أبو زهرة، نظرية العقد، ص (١٩٩) وغيرهم.

(٦) أستاذنا الدكتور الشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١ ـ ٢)؛ والدكتور محمد سلام مدكور، الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي، ص (١٥٧).

موازنة بين هذه التعاريف مع مناقشتها:

نلاحظ أولاً أنَّ ابن الهمام ومن تبعه أطلقوا العقد على الإيجاب والقبول نفسيهما في حين أطلقه برهان الشريعة ومن تبعه من المحدثين كقدري باشا على الارتباط أو الربط.

فمن الوجهة المنطقية أنَّ كون الارتباط ـ أو الالتزام كما في تعريف المجلة ـ جنساً للعقد أولى، حيث إنَّ هذا معناه اللغوي، ثمَّ خصص في الشرع بكون هذا الارتباط بالإيجاب والقبول، والعلاقة بين المعنى اللغوي، والمعنى الاصطلاحي وإن لم تكن مشروطة لكن رعايتها أولى في حالة الإمكان من عدمها[1] ولا سيما أنَّ الفقهاء قد صرحوا بأنَّ معناه الشرعي لم يخرج عن معناه اللغوي[2]، وأمَّا «مجموع الإيجاب والقبول» فليس في الحقيقة جنساً للعقد بل هما من وسائل التعبير عنه، فهما صيغته، لا العقد نفسه، وأن إطلاقه عليهما من باب إطلاق الدال على المدلول باعتبار أنَّ آثاره ـ عموماً ـ لا تظهر إلَّا عندما يعبر عنه بإحدى وسائل التعبير.

ثانياً: إنَّ تعريف ابن الهمام فيه زيادة لا حاجة إليها وهي ذكر العاقدين، وذلك لأنَّ كلاً من الإيجاب والقبول ليس إلَّا تعبيراً عن الإرادة فيدل على وجود المعبر ولا سيما أنَّ الحنفية ـ بما فيهم ابن الهمام ـ لم يجعلوا العاقدين ركناً في العقد[3] أضف إلى ذلك أنَّ ذكر «المتكلمين» مناف لمذهبه ـ أي ابن الهمام ـ في أنَّ المراد بالإيجاب والقبول أعم من القول حيث يشملان الفعل أيضاً[4].

ثالثاً: إنَّ تعريف قدري باشا ومن تبعه قيد الارتباط بكونه: «على وجه يترتب عليه أثره في المعقود عليه»، وجعله جزءاً من التعريف وبالتالي ركناً في العقد بحيث إذا لم يترتب عليه أثر لا يسمى عقداً في اصطلاح الفقهاء.

ويرد عليه ـ في نظرنا ـ ما يلي:

١ ـ إن كون ترتيب الآثار ركناً في العقد بعيد، لأنَّ الركن لا بدَّ وأن يكون ذاتياً

---

(١) يراجع: شرح الأسنوي على المنهاج للبيضاوي، ط. محمد علي صبيح بالقاهرة (٢٤٣/١ ـ ٢٤٩).

(٢) سبق ما يدل على ذلك في أوَّل هذا البحث.

(٣) فتح القدير (٣٤٤/٢، ٧٤/٥).

(٤) المصدر السابق (٧٤/٥).

داخلاً في ماهية الشيء ولا يقوم الشيء إلاّ به[1]، وهو لا يرقى إلى هذه الدرجة لأنَّه أثر من آثار العقد، ولذلك لا يبحث عن ترتيب الأثر إلاَّ بعد انعقاد العقد، فإذا كانت شروطه قد توفرت، ولم يكن هناك مانع شرعي . . . يترتب عليه أثره الشرعي وإلاَّ فلا، قال برهان الشريعة: «إنَّ حقيقة العقد في الوجود ليست إلاَّ الإيجاب والقبول»[2] وقال ابن الهمام في ردِّه على تعريف الورشكي: «إنَّ إطلاق العقد على حكمه إخراج اللفظ عن مسماه، وهو اصطلاح غير مشهور»[3] وقد أشار إلى ذلك أيضاً العلامة الكرخي[4].

٢ ـ إنَّ هذا التعريف غير جامع لكل أقسام العقود، وذلك لأنَّه خاص بالعقد الذي يترتب عليه أثر، أما العقود التي لا يترتب عليها أثرها لأي سبب كان فلا يسمى عقداً على ضوء هذا التعريف مع أنَّ الفقهاء أطلقوا العقد على العقد الموقوف، والعقد الفاسد حتى على العقد الباطل بجانب العقد الصحيح، وذلك لأنَّ كلًّا من ذلك يسمى عقداً ما دام قد تمَّ ارتباط الإيجاب بالقبول أما تفصيل ذلك فيعرف من خلال توفر الشروط أم عدم توافرها. قال العلامة الدسوقي: «والحقائق الشرعية تشمل الصحيح والفاسد»[5] وقال الإمام أبو الفتح الحنفي عند تعليقه على تعريف البيع: «وكان الأولى حذفه ـ أي لفظ التراضي، من التعريف ـ ليشمل التعريف الفاسد بسائر أنواعه»[6] ولذلك نرى الفقهاء على اختلاف مذاهبهم يطلقون العقد على الصحيح والفاسد، بل نراهم يقسمونه إلى صحيح وفاسد وإلى موقوف، ولازم، أو غير لازم، وباطل[7] ولا

---

(١) تنقيح الأصول لصدر الشريعة مع تعليقات سليمان عبد الفتاح، مطبعة وادي الملوك ص (٢٨ ـ ٣٠)؛ وإيساغوجي لأثير الدين المفضل بن عمر الأبهري (٦٣٠ هـ) المطبوع ضمن مجموع المتون، ط. مصطفى الحلبي ص (٢٧٣).

(٢) الوقاية، مخطوطة طوب قاب (٣٧٣٣) الورقة ٧٠؛ ورد المحتار على الدار المختار (٣/٩).

(٣) فتح القدير (٥/٣٤١).

(٤) مختصر الكرخي مع شرحه للقدوري، مخطوطة مكتبة السليمانية باستانبول، مكتبة داماد إبراهيم رقم ٥٦٣ ورقة ٩٧ ب.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢).

(٦) منهج السالكين إلى شرح ملا مسكين، مخطوطة في مكتبة نجم الدين الخاصة (٢/ ق ١)، والبحر الرائق (٥/٢٧٧).

(٧) قال الحصكفي الحنفي: وفاسد من العقود عشر، وقال السيوطي «وتعاطي العقود الفاسدة حرام»، وقال ابن رجب الحنبلي: «كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده» إلى غير ذلك من التقسيمات. =

شكَّ أنَّ التقسيم لا يتم إلَّا إذا كان المقسم حقيقة في أقسامه[1] ولذلك نرى المرغيناني (ت ٥٩٣) يصرح بأنَّ عقد النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول. والشهادة تكون على العقد مع أنَّ الشهادة من شروط الصحة ويكون العقد باطلًا بدونها[2].

٣ - إنَّ هذا التعريف - تعريف قدري باشا ومن تبعه - تعريف للانعقاد وليس للعقد، وبينهما بون شاسع فقد أخذ قدري باشا - رحمه الله - هذا التعريف من تعريف العلامة البابرتي الحنفي (ت ٧٨٦ هـ) حيث قال: «الانعقاد ههنا: تعلق كلام العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل»[3] غير أنَّه - أي البابرتي - أشار إلى أنَّ تعريفه هذا ليس لمطلق العقد بل هو تعريف للانعقاد الوارد في كلام صاحب الهداية: «البيع ينعقد بالإيجاب والقبول...»[4] وقد أوضح ذلك ابن الهمام في شرح هذا الكلام فقال: «ثمَّ المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه، وإنَّما قلنا هذا، لأنَّه قال: «ينعقد بالإيجاب والقبول» فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع أنَّ البيع ليس إلَّا الإيجاب والقبول، لأنَّهما ركناه على ما حققناه...»[5] فقد وصل ابن الهمام إلى أنَّه لا يمكن أن يكون المراد بالانعقاد - في قول صاحب الهداية الذي عرفه البابرتي بتعريفه السابق - العقد بل المراد به إما ثبوت الحكم، أو أنَّ الانعقاد غير العقد كما ذكر ذلك عند تعليقه في موضع آخر على قول صاحب الهداية: «النكاح ينعقد بالإيجاب

= راجع: الدر المختار شرح تنوير الأبصار - مع حاشية ابن عابدين - (١٣٤/٣)؛ ومنهج السالكين إلى شرح الملا مسكين، مخطوطة (٢/ ق ١)؛ والبحر الرائق لابن نجيم مع حاشية منحة الخالق لابن عابدين، ط. دار المعرفة بيروت (٢٧٧/٥)؛ والفتاوي الهندية، ط. دار المعرفة بيروت (٣/٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦...)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٢)؛ وتحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢١٧/٤)؛ والمنثور في القواعد للزركشي ص (٣٠٣/٢)؛ والقواعد لابن رجب ص (٦٧...).

(١) فلا يقسم الشيء إلى حقيقته ومجازه فلا يقال: الأسد على نوعين: الحيوان المفترس والرجل الشجاع.
انظر: السلم المنورق للأخضري المطبوع ضمن مجموعات المتون ص (٢٦٤)؛ وإيساغوجي للأبهري ص (٢٧٢).

(٢) الهداية مع فتح القدير (٣٥٥/٢).

(٣) شرح العناية على الهداية (٧٤/٥).

(٤) الهداية المطبوع مع شرح العناية (٧٤/٥).

(٥) فتح القدير (٧٤/٥).

والقبـول. . .»[1] فقال: «إنَّ هـذا العقد إنَّمـا تتم حقيقته في الـوجود بـالإيجاب والقبول. . . والانعقاد هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل»[2].

والخلاصة أنَّ الحنفية فرقوا بين العقد، والانعقاد بمعناه الاصطلاحي فالأول عام لكل ربط تمَّ بالإيجاب والقبول سواء كان ترتب عليه الأثر أم لا، والثاني خاص بما إذا ترتب عليه الأثر الشرعي، فالمنعقد ـ كما يقول صاحب الفتاوي الهندية ـ لا يتم إلَّا إذا تحقق فيه شروطه في العاقد، وفي العقد وفي المعقود عليه، وغيره وأمَّا العقد فهو الإيجاب والقبول[3] ولهذا نرى المجلة قد أدركت هذه التفرقة فعرفتهما في المادتين (١٠٣، ١٠٤) ونصت على أنَّ «العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول.

والانعقاد: تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما». لكن قدري باشا ومن تبعه رأوا تعريف البابرتي للانعقاد فسحبوه على العقد فأصبح تعريفهم غير جامع إلَّا لنوع واحد من العقود وهو الذي ترتب عليه الأثر الشرعي.

وقد يقال دفاعاً عن التعريف: إنَّ كلامنا في العقد الشرعي، وإلَّا فما فائدة العقد الذي لم يفد الحكم؟ ولهذا أخرجناه بهذا القيد.

نجيب عن ذلك بأنَّ هذا الكلام قد يتفق مع وجهة نظر الشافعية ومن معهم في أنَّه لا معنى للانعقاد سوى كون العقد مفيداً للحكم الذي وضع له، قال شهاب الدين الزنجاني (ت ٦٥٦ هـ) «احتج الشافعي في ذلك بأنَّ الإيجاب والقبول وضعا سبباً لزوال الملك في المحل إذا صدر من المالك الوالي على المحل فلا معنى للانعقاد بدونه لتوزيع الأسباب على الأحكام»[4].

ومع ذلك فإنَّ الشافعية أيضاً قرروا أنَّ العقد شيء، وأثره شيء آخر فاعتبروا العقد سبباً ظاهرياً، والأثر مسبباً، والسبب غير المسبب كما أنَّ الشافعية سموا العقد

---

(١) الهداية مع شرح العناية وفتح القدير (٢/٣٤٤).

(٢) فتح القدير (٢/٣٤٤).

(٣) الفتاوى الهندية، ط. دار المعرفة (٣/٢).

(٤) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، تحقيق محمد أديب صالح، ط. جامعة دمشق ص (٨٨).

الفاسد بالعقد أيضاً[1] غير أنَّه لا يتفق مع وجهة نظر الحنفية والمالكية ومن معهم الذين لم يشترطوا في تحقق العقد إلَّا ارتباط الإيجاب والقبول[2]، ومن جهة أخرى أنَّ الحنفية وغيرهم فرقوا بين انعقاد العقد، وبين أحكام العقد، فالأول: هو الارتباط الحاصل من الإيجاب والقبول، والثاني: هو زوال الملك، وهو حكم منفصل عن الانعقاد، وقد برهنوا على ذلك بأنَّ انعقاد العقد على تجرده معقول في نفسه، بل متحقق كالعقد في مدَّة الخيار وكالهبة قبل القبض، فهما منعقدان ولم يتأثر المحل بهما، فلا معنى للعقد إلَّا تعلق الإيجاب والقبول، ولذلك لا يشترط في الانعقاد إلَّا أهلية الخطاب والجواب، في حين أنَّ زوال الملك ينبني على الولاية على المحل[3] قال العلامة أبو الحسن الكرخي: «ويجوز أن يقال: إنَّ العقد الذي فيه الخيار نوع عقد، لأنَّه لا يوجب الملك بالعقد»[4] وقال العلامة الدسوقي: «عدم انعقاد العقد يعني عدم وجود حقيقته، وعدم صحته معناها: وجود حقيقة العقد لكن فقد منه شرط من شروط لزومه»[5] وقال أيضاً: «انعقاد الشيء عبارة عن تقومه بأجزائه، والبيع قد ينعقد ولا يكون صحيحاً، ولا لازماً»[6].

وقد يقال ـ في دفاع آخر عن تعريف قدري باشا ومن تبعه ـ إنَّ تعريفهم مقدر بزيادة: «من شأنه» فيكون تمامه: «العقد: ارتباط الإيجاب، والقبول على وجه (من شأنه) أن يترتب عليه أثره» فعلى هذا لا يشترط في العقد ترتب الآثار بالفعل، بل بالقوة والاحتمال.

فهذا التقدير وإن كان يجعل التعريف جامعاً لجميع أقسام العقود غير أنَّه يجعل زيادة: «على وجه يترتب عليه أثره في المعقود عليه» حشواً لا فائدة فيه لأنَّ مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول لا شك أنَّه يكون من شأنه أن يترتب عليه الأثر، ولو سلم فائدتها فيرد عليه أنَّ الأولى في التعاريف عدم وجود الحذف والتقدير فيها، كما أنَّه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٢)؛ والغاية القصوى (٢/٦٣١)؛ وتخريج الفروع ص (٨٨).

(٢) مختصر الكرخي مع شرحه للقدوري ـ مخطوطة السليمانية ورقة (٩٧) وفتح القدير (٢/٣٤٤، ٥/٧٤)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤، ٥).

(٣) انظر: مختصر الكرخي مع شرح القدوري مخطوطة السليمانية ورقة (١٠٧)؛ وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (٨٧ ـ ٨٨).

(٤) مختصر الكرخي مع شرح القدوري ورقة ١٠٧.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥).

(٦) المصدر السابق (٣/٢).

يبقى عليه أشكال فني وهو ذكر الآثار في التعاريف، ولذلك نرى الفقهاء يعرفون أنواع العقود بتعريفات ذاتية ثمَّ يبحثون عن أحكامها فمثلاً نجد الفقيه أبا الحسن الكرخي (ت ٣٤٠ هـ) يعرف البيع بأنَّه: «إيجاب وقبول فيما ليس فيه معنى التبرع»[١]، ثمَّ ذكر آثاره، ولم يقل في التعريف: «على وجه يترتب عليه أثره» وهكذا غيره من المحققين[٢].

فالغاية من التعريف توضيح المراد بالمعرف فقط، وأمَّا بيان الآثار، والأحكام فتلك تبحث عند تفصيل أحكام العقد وشرائطه، ولذلك لا يفهم «على وجه يترتب عليه أثره» إلَّا بعد الإحاطة بشروط العقد، وشروط أركانه، فحقيقة العقد شيء، وآثاره شيء آخر فلا يلزم من وجوده وجودها قال ابن تيمية: «يجوز أن يلزم العقد إن وجد شرط لزومه، ويجوز أن لا يلزم»[٣].

وأيضاً إنَّ الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[٤] مما يدل على أنَّ الوفاء ـ وهو ترتيب الآثار وتنفيذها ـ شيء والعقود نفسها شيء آخر، وعلى أنَّ العقد هو الارتباط غير أنَّ الشرع أوجب الوفاء بما يترتب عليه، وبعبارة أخرى أنَّ قوته في ترتيب الآثار مستمدة من الشرع، قال برهان الشريعة: «. . .لأنَّ الشرع يحكم بأنَّ الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكمياً فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له، فذلك المعنى هو البيع ـ مثلاً ـ فالمراد بذلك المعنى: المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء، لا أنَّ البيع مجرد ذلك المعنى الشرعي»[٥].

ثالثاً: إنَّ تعريف برهان الشريعة يمكن أن يؤخذ عليه بأن لفظ «أجزاء التصرف» غير محدد المعنى مع أن شأن التعريف أن تكون أجزاؤه واضحة المراد، كما أنَّ لفظ: «شرعاً» أن أريد به: ربطاً شرعياً ليخرج به الربط غير الشرعي كالعقود الفاسدة والمنهية

---

(١) مختصر الكرخي مخطوطة استانبول ورقة ٩٧.

(٢) انظر: رمز الحقائق للحافظ العيني ـ في مكتبتنا الخاصة ـ ورقة (٣٢٧)؛ والفتاوي الهندية (٣/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٢)؛ والغاية القصوى (٢/٦٣١) والمصادر السابقة.

(٣) قاعدة العقود ص (٢٢٨).

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) الوقاية، مخطوطة طوب قاب بتركيا (٣٧٣٣) الورقة ٧٠، رد المحتار على الدر المختار (٣/٩)؛ والبحر الرائق (٥/٢٧٧٠٠٠).

عنها فيرد عليه ما ورد على تعريف المحدثين من أنَّه لا يشمل هذه العقود مع أنَّ تعريفه كما صرح به هو لمطلق العقد[1] وإن أريد: «بالشرع» أي أنَّ هذا الربط يحكم عليه الشرع بالإيفاء به، أو بربطه فلا حاجة إليه، وقد صرَّح بذلك برهان الشريعة نفسه فقال: «. . . لأنَّ الشرع يحكم بأنَّ الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكمياً. . .»[2] أي بأمر الشرع.

رابعاً: إنَّ تعريف المجلة ينقصه عدم التنقيح، ففيه حشو، وتكرار لا فائدة فيه حيث ضمنت تعريف العقد لفظ: الارتباط، والتعهد، والالتزام مع أنَّه يكتفي بأحدها.

التعريف المختار للعقد:

بعد أن أبدينا هذه الملاحظات على التعاريف السابقة وفي نظري أنَّها قد استطاعت النيل منها فدكَّت أساسها ولهذا فليس أمامنا إلاَّ الوصول إلى تعريف تتلافى فيه هذه الانتقادات وهو في نظري هذا التعريف الآتي:

العقد هو: التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول.

والمراد بـ: «التزام» معناه اللغوي، وهو إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له[3] وهو جنس يشمل كل تعهد سواء كان من طرف واحد، أو أكثر، وتعريف العقد بالالتزام وارد حيث عرفه به الجصاص (٣٧٠ هـ) فقال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر. . . لأنَّ العقد إنَّما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه. . .»[4] ثمَّ إنَّ إضافة التزام إلى «شيء» للدلالة على أنَّ مجرد «التزمت» أو «تعهدت» أو نحوهما دون ذكر الملتزم به صراحة أو دلالة لا يسمى عقداً، ثمَّ إنَّ لفظ الشيء عام يشمل القول أو الفعل، أو السكوت.

وقولنا: «بارتباط الإيجاب بالقبول» يخرج به الالتزام الحاصل من غير ارتباط

---

(١) انظر الوقاية، مخطوطة طوب قاب ورقة ٧٠، رد المحتار مع در المختار (٣/٩).

(٢) انظر المصدرين السابقين.

(٣) انظر: القاموس المحيط (٤/١٧٧) والمصباح المنير (٢/٢١٤)، وقال الحطاب: «الالتزام في عرف الفقهاء: إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص منه وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم».

انظر: فتح العلي المالك، ط. مصطفى الحلبي (١/٢١٧).

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٤)؛ وقد تبعه القرطبي في تفسيره (٦/٣٠).

الإيجاب بالقبول كالإرادة المنفردة مثل النذر، والطلاق على غير مال ونحو ذلك. وفي هذا القيد إشارة إلى أنَّ الإيجاب والقبول إنَّما يسميان عقداً إذا ارتبط الإيجاب بالقبول فإذا لم يكن بينهما ارتباط، أو طال الفصل بحيث يعتبره العرف قاطعاً لم يتحقق الارتباط وبالتالي لم يتحقق العقد.

والباء في «بارتباط...» للابتدائية أي التزاماً يبتدأ أو ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول، أو للسببية ـ أي سبباً في الظاهر ـ فيكون المعنى التزاماً ناشئاً بسبب ارتباط الإيجاب بالقبول.

والمراد بالارتباط هو الارتباط الحسي ـ أي تعلق الإيجاب بالقبول عرفاً ثمَّ يترتب عليه الارتباط الحكمي وهو وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان بجعل الشارع وأمره، قال برهان الشريعة: «لأنَّ الشرع يحكم بأنَّ الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكمياً فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له... والمراد بذلك المعنى: المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء»[1].

والمراد بالإيجاب هو التعبير الصادر أولاً الدال على إثبات تعهد سواء كان بقول أو فعل، أو كتابة، أو إشارة، أو نحوها ـ أي بأي وسيلة من وسائل التعبير.

وبالقبول: هو ما صدر تعبيراً عن الرضا بما أثبته الموجب[2]. قال ابن الهمام: «الإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً سواء وقع من البائع كبعت، أو من المشتري كأن يبتدىء المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف، والقبول: الفعل الثاني، وإلاَّ فكل منهما إيجاب أي إثبات فسمي الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول، ولأنَّه يقع قبولاً ورضا

---

(١) الوقاية مخطوطة مكتبة طوب قاب (٣٧٣٣) ورقة ٧٠؛ رد المحتار مع رد المختار (٩/٣).

(٢) هذا التفسير الذي ذكرناه للإيجاب والقبول هو للحنفية، وأمَّا غيرهم فيظهر من كتبهم أنَّ المراد بالإيجاب هو ما صدر عن عاقد معين مثل المملك أو المؤجر، أو المعير أو نحوه، والقبول هو ما صدر عن العاقد الآخر مثل المتملك، أو المستأجر، أو المستعير، أو نحوه.

انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية (٧٤/٥)؛ والفتاوي الهندية (٤/٣)؛ والبحر الرائق (٢٨٣/٥)؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤/٢)؛ ومواهب الجليل (٢٢٨/٤)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣)؛ والمجموع للنووي (١٦٢/٩)؛ والغاية القصوى (٤٥٧/١)؛ ونهاية المحتاج (٣٧٥/٣)؛ والروضة (٣٣٩/٣)؛ وكشاف القناع (٣/٢)؛ والإنصاف (٢٦٠/٤).

بفعل الأول»[1] ولذلك فالتحقيق أن الإيجاب في اللغة الإثبات، والقبول التصديق[2] فتناسب أن يكون القبول خاصاً بمن صدر عن الثاني.

ثمَّ إنَّ لفظي: «الإيجاب» و«القبول» يطلقان على ما كان باللفظ أو بالفعل، أو بشيء يدل على المطلوب، إذ لا مانع لغوياً في هذا الإطلاق[3]، لكن ذهب بعض الفقهاء إلى أنَّهما لا يطلقان إلاَّ على اللفظ[4] وهذا بناء على مذهبهم في عدم صحة البيع بالتعاطي، غير أنَّ القفال الشاشي الكبير أشار إلى أنَّ الإيجاب والقبول يطلقان على الفعل أيضاً على الرغم من أنَّ مذهبه عدم صحة البيع بالتعاطي[5] ولذلك فلا داعي إلى زيادة «أو ما يقوم مقامهما» في التعريف لإدخال التعبير بالفعل ونحوه فيه وذلك لأنَّ الإيجاب والقبول بمثابة الإشعار والدليل على التراضي وهو ـ كما يقول النووي ـ يكون بالقول والفعل[6] وزاد بعض آخر[7] هذا القيد للإشارة إلى إدخال العقود التي يقوم شخص واحد بتولي طرفيه، فحينئذٍ يقوم تعبيره مقام الإيجاب والقبول كالجد في جواز إنكاح بنت ابنه عن ابن ابنه الآخر[8]، وكالأب والجد في بيع مال الطفل لنفسه، والوكيل إذا أذن له الموكل في البيع من نفسه وحدَّد الثمن له عند من أجازه[9] وفي

---

(١) فتح القدير (٥/٧٤).

(٢) لسان العرب ص (٣٥١٧، ٤٧٦٦)؛ والمصباح المنير (٢/١٤٥، ٣٢٢)؛ والقاموس المحيط (١/١٤١)، (٤/٣٤).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: المجموع (٩/١٦٢) حيث قال: «ولا ينعقد البيع إلاَّ بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها»، وقال ابن قدامة في المغني (٣/٥٦١) «والبيع على ضربين: أحدهما الإيجاب، والقبول... والثاني: المعاطاة». وراجع الإنصاف (٤/٢٦٣).

(٥) حيث قال: «ولا ينعقد البيع إلاَّ بالإيجاب والقبول بالقول» حيث قيدهما بالقول لأنَّ ذلك مذهب الشافعي فلو لم يكن الإيجاب والقبول شاملين للقول والفعل لما قيدهما به.

انظر: حلية العلماء في مذاهب الفقهاء، مخطوطة أيا صوفيا رقم (١١٣٨) جـ ١ ورقة: ١٨٦ ـ أ ـ.

(٦) المجموع للنووي (٩/١٦٥)؛ وفتح القدير (٥/٧٤).

(٧) فتح القدير (٢/٣٤١) حيث قال: «العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر.. أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني متولي الطرفين».

(٨) انظر: فتح القدير (٢/٣٤٦)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢٢)؛ والقوانين الفقهية ص (١٧٤)؛ والغاية القصوى (٢/٧٢٦)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٠٦)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٤٧٠).

(٩) وهذا جائز عند الحنفية والمالكية والشافعية قال الزركشي: «إنَّ اتحاد القابل والموجب إنَّما يمتنعان =

نظرنا لا نحتاج إلى هذه الزيادة، لأنَّ القاعدة العامة في العقود هي تعدد طرفيها بأن يكون الموجب شخصاً، والقابل شخصاً آخر وذلك لاختلاف مصلحة كل واحد منهما، واختلاف مقتضى العقد وآثاره وأغراضه بالنسبة لهما غير أنَّه في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء أجيز لواحد أن يتولى طرفي العقد عندما ينتفي المانع من الاتحاد، وحينئذٍ يُكَيَّف في الواقع على فرض وجود التعدد حيث إنَّ العاقد ـ باعتباره يمثل الموجب ـ شخص، وباعتباره يمثل القابل شخص آخر، وبعبارة أخرى فالتعدد إما على سبيل الحقيقة أو على سبيل الحكم والتقدير كما في بعض حالات[1].

ثمَّ بعد ذلك يمكننا القول بأنَّ العقد إن توفرت شروطه، وانتفت موانعه يترتب عليه أثره الشرعي بجعل الشارع وأمره، كما يمكننا تقسيمه إلى صحيح، وموقوف، ومنعقد، ولازم، وفاسد...

وفي تعريفنا إشارة إلى أن حقيقة العقد تتكون بما يعقده القلب في الباطن غير أنَّ ذلك لا يظهر إلاّ بالتعبير عنه فتتحقق عندئذٍ صورة العقد[2].

اتجاهات هذه التعاريف ونزعاتها:

إنَّ تعريف العلامة البابرتي للانعقاد وتعريف الورشكي والمحدثين ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي، دون النزعة الذاتية[3] حيث نظروا إلى العقد

= لأجل التهمة» فإذا انتفت كما في المسائل السابقة جاز.

انظر: الشرح الكبير (٣٤٨/٣)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥٢٥/٤)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٨٨/١ ـ ٨٩).

(١) قال ابن الهمام في فتح القدير (٣٤٤/٢) «أو المراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولي الطرفين».

(٢) الوسيط للغزالي، مخطوطة دار الكتب (٢٠٦ فقه شافعي طلعت) جـ٢ ورقة ١٠؛ والوجيز مع شرحه فتح العزيز (٩٧/٨ ـ ٩٩)؛ والغاية القصوى (٤٥٧/١) وراجع: أحكام القرآن للجصاص (٢٩٤/٢)؛ وتفسير القرطبي (٣٠/٦)؛ وفتح القدير (٣٤١/٢)؛ ورد المحتار على الدر المختار (٩/٣)؛ والتعريفات ص (٨٢).

(٣) النزعة الموضوعية أو المادية هي: أن ينظر إلى المادة والمحل باعتبارها الأساس الأول في العملية التعاقدية، فينظر إلى العقد ـ في المقام الأول ـ باعتبار أثره في المعقود عليه، دون النظر إلى كونه علاقة بين العاقدين، وهذا لا يمنع من النظر إلى هذه العلاقة في المرتبة الثانية، فعلى هذا فالفقه الإسلامي نظر إلى الالتزام أو العقد نظرة مادية فاعتبره علاقة مالية أكثر من كونه علاقة شخصية ذاتية، وبعبارة أخرى غلب المحل على الأطراف. غير أنَّ هذا غير مسلم على إطلاقه ولا سيما عند =

باعتباره يترتب عليه الأثر في المعقود عليه، وهو تغيير المحل من حالة إلى حالة أخرى[1]، وباعتباره علاقة مالية أكثر من كونه علاقة بين الطرفين، ولهذا لم يجعل كثير من الفقهاء ـ ولا سيما الحنفية ـ العاقدين ركناً من أركان العقد، وبعبارة أخرى: غلب الفقه الإسلامي المحل على الطرفين وقد ترتب على هذه النزعة آثار كثيرة منها جواز انتقال الالتزام والأخذ بمبدأ النيابة والحوالة وغيرها مما يتمشى مع طبيعة المعاملات ـ ولا سيما التجارية ـ من سرعة التداول، وتيسير المعاملات، والابتعاد عن التعقيد والشكليات.

وأما القانون الروماني فقد نظر إلى الالتزام نظرة شخصية بحتة، وأعطى لطرفي العقد المكان الأول من الاعتبار في تلك العلاقة القانونية ولذلك لم يجوز مبدأ توكيل الغير في إنشاء العقد، ولا انتقال الالتزام بعد إنشائه لا سلباً ولا إيجاباً، وقد لاقى الرومان جراء هذه النزعة صعوبات بالغة في التطبيقات العملية لهذه النظرة الشخصية لذلك لجأوا إلى كثير من الوسائل الملتوية بغية الوصول إلى إجازة مبدأ النيابة، وانتقال الالتزام[2].

غير أنَّ هذه النزعة الموضوعية ـ أو المادية ـ لا تظهر في تعريف برهان الشريعة

= غير الحنفية. والنزعة الذاتية أو الشخصية هي التي تعطي لطرفي الالتزام المكان الأول من الاعتبار في تلك الرابطة القانونية، ولكل واحدة من النزعتين آثار خطيرة تظهر في النيابة وحوالة الدين، والاشتراط لمصلحة الغير. الأستاذ الدكتور السنهوري، مصادر الحق (١/٧٧)، والوسيط (١/١٠٩ ـ ١١١)؛ وأستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ط. دار النهضة العربية ص (١٦٥)؛ والدكتور شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، ط. الاعتماد بمصر ص (١٢٣).

(١) يقول الدكتور شفيق شحاتة (المصدر السابق ص ١٢٣ ـ ١٢٤): وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع في كتب الفقه لا نتبين منه أنَّ العقد مصدر من مصادر الالتزامات، فليس التعريف على أنَّه توافق إرادتين منشىء للالتزامات بل على أنَّه توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه أي يؤدي إلى تحويل شيء من حال إلى حال، وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية، أو المادية في الفقه الإسلامي، وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأخيرة للعقد يتخطون النتائج الأولى لانعقاد العقد، وكثيراً ما يشبه هذا التعريف التعريف الذي أورده (بولوك) للعقد في الفقه الإنجليزي. وراجع الدكتور السنهوري ، مصادر الحق، (١/٧٧)؛ والدكتور صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة، ص (١٦٥).

(٢) الدكتور صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة، ص (١٦٥).

والسيد شريف وابن الهمام ومن نحا نحوهم في عدم ذكر «على وجه يترتب عليه أثره الشرعي» فليس في تعريف هؤلاء أي إشارة إلى هذه النزعة لأنَّهم حصروا العقد في مجموع الإيجاب والقبول فقط دون التطرق إلى أثره في المعقود عليه، فهذه النظرة منهم يمكن أن تسمّى بالنظرة الظاهرية، أو الحسية، أو بالنظرة المادية لكن لا على تفسيرها بالمحل، بل على تفسيرها بالمحسوس وهو الصيغة وهذه تقترب من نزعة المذهب المادي المتمثل في الاعتناء بالإرادة الظاهرة، وهذه النظرة الحسية تظهر بوضوح عند الحنفية، ولا تظهر عند من يعتنون بالإرادة الباطنة كأساس لعملية العقود كالحنابلة ومن معهم(١). والحق أنَّ الفقه الإسلامي لا يمكن أن توصف نزعته بالموضوعية البحتة، ولا بالذاتية المحضة وذلك لأنَّ الفقه الإسلامي باعتباره منبثقاً من الدين لا يمكن أن يفصل المحل المعقود عليه من الملتزم نفسه فرعاية نوايا الشخص وقصوده لها أهمية كبرى في الحكم بالصحة أو البطلان ليس على نطاق الديانة فحسب، بل على نطاق القضاء بالنسبة لبعض العقود حتى عند الحنفية(٢).

ومما يجدر التنبيه عليه أن نزاعنا حول النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي ليس في نفيها عنه على الإطلاق، وإنما في مدى ما تنم هذه التعاريف من النزعات وإلَّا فإنَّ الفقه الإسلامي ـ بمختلف مذاهبه ـ لا يعتبر العقد صحيحاً إلَّا إذا ترتب عليه الأثر الشرعي(٣) وقد قال الإمام الشافعي، لا معنى للانعقاد بدون ترتيب الأثر كزوال الملك»(٤).

وأما التعريف الذي اخترناه ففيه إشارة إلى أهمية المحل حيث أضيف فيه «التزام» إلى «شيء».

وأخيراً فإنَّ تعريف برهان الشريعة، والسيد شريف، وابن الهمام، والمجلة، وبعض

---

(١) انظر: أعلام الموقعين (٣/٩٥) وسيأتي لموضوع تغليب الإرادة على الظاهر مزيد تفصيل في الباب الثاني بإذن الله.

(٢) فلم يجوز الحنفية ـ في بعض الروايات ـ بيع العينة بل حكموا عليه بفساده بل إنَّ الحنفية أيضاً صرحوا بأنَّ المعتبر في عقد البيوع، المعنى، ولهذا لو قال: وصيت لك هذه الدار بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع كما قال ابن الهمام.
انظر فتح القدير (٥/٧٦، ٢٠٧).

(٣) انظر: فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/٧٤)؛ والفتاوى الهندية (٣/٢٠٠٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٠٠٠)؛ والمجموع (٩/).

(٤) تخريج الفروع ص (٨٨).

المُحْدَثين[1] فيه دلالة واضحة على حصر أركان العقد[2] في الإيجاب والقبول، فلا يستفاد من التعريف أكثر من هذين الركنين، وهذا ما يتفق مع وجهة نظر الحنفية[3] والإمامية[4]. في حين أشار تعريف المحدثين إلى أنَّ أركان العقد: الصيغة والعاقدان والمحل حيث ذكروا في تعريفهم للعقد هذه العناصر كلها، وهذا الرأي يتفق مع وجهة نظر المالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7].

---

(١) الأستاذ الدكتور العدوي، نظرية العقد، ص (١ ـ ٢)؛ والأستاذ الدكتور محمد مصطفى شحاتة، أحكام العقود، ص (١٦ ـ ١٨).

(٢) لا يخفى أنَّ الكلام هنا في العقد بمعناه الخاص أمَّا العقد بمعناه العام أي الالتزام مطلقاً سواء صدر من طرف أو من طرفين ففيه تفصيل حيث إن كان التصرف مما يتم بشخص واحد فيكون ركنه عبارة من له الإرادة المنشئة للعقد، وإذا كان مما يتم بشخصين فهذا هو المراد بالعقد بمعناه الخاص.

راجع المصادر السابقة في ص (١٠٦) يراجع في مسألة الأركان، الشيخ أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص (٥٧ ـ ٦٣)؛ والمعاملات الشرعية ص (٧٥)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات، ص (٧٤)؛ والشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص (٢٠٢)؛ والأستاذ الشيخ العدوي، نظرية العقد، ص (٧)؛ والدكتور السنهوري، مصادر الحق، (١/ ٨٤)؛ والدكتور صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود (٢/ ٣٧)؛ والأستاذ الدكتور محمد مصطفى شحاتة، أحكام العقود، ص (١٨)؛ والدكتور أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، ص (١٢٢)؛ والدكتور يوسف قاسم، مبادىء الفقه الإسلامي، ص (٢٨٠)؛ والدكتور شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، ص (١٣٨)؛ والدكاترة الدهمي، ومحمود محمد علي، وعبد العزيز عزام، أحكام العقود، ص (١٤)؛ والدكتور رأفت عثمان، عقد البيع، ص (٢٢).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨٣)؛ وفتح القدير (٢/ ٣٤٤، ٥/ ٧٤)؛ ومجمع الأنهر (٢/ ٤)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٣/ ٩، ٤/ ٥٠٤)؛ ومنهج السالكين إلى شرح ملامسكين ـ مخطوطة ـ (جـ ٢/ ق ١).

(٤) المختصر النافع في فقه الإمامية للعلاَّمة الحلي، ط. وزارة الأوقاف المصرية، ص (١٦١، ١٩٣)؛ ووسيلة النجاة (٢/ ١٦، ٨٥).

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/ ٢٢٠، ٣/ ٢)؛ والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٢/ ١١٠)؛ وبداية المجتهد، ط. الحلبي (٢/ ٣).

(٦) الوسيط، مخطوطة الدار ق ٥٧؛ وفتح العزيز (٨/ ٩٨)؛ والمجموع (٩/ ١٤٩)؛ والروضة (٣/ ٣٣٦)؛ والغاية القصوى (١/ ٤٥٧ ـ ٤٦٠)؛ والأنوار (١/ ١٧٢)؛ وحاشية القليوبي على شرح المحلي (٣/ ٢١٦).

(٧) كشاف القناع (٢/ ٣)؛ والمغني لابن قدامة.

هذا وقد اعترض الرافعي[1] (ت ٦٢٦ هـ) على مسلك الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) في عد العاقد والمعقود عليه ركنين من أركان العقد فقال: «ولك أن تبحث فتقول: إن كان المراد ـ أي بالأركان ـ أنَّه لا بدَّ من وجودها لتدخل صورة البيع في الوجود فالزمان والمكان وكثير من الأمور بهذه المثابة فوجب أن تعد أركاناً، وإن كان المراد: أنَّه لا بدَّ من حضورها في الذهن ليتصور البيع فلا نسلم أنَّ العاقد والمعقود عليه بهذه المثابة، وهذا لأنَّ البيع فعل من الأفعال، والفاعل لا يدخل في حقيقة الفعل، ألا ترى أنَّا إذا عددنا أركان الصلاة والحج لم نعد المصلي والحاج في جملتها وكذلك مورد الفعل، بل الأشبه أنَّ الصيغة أيضاً ليست جزءاً من حقيقة فعل البيع ألا ترى أنَّه ينتظم أن يقال: هل المعاطاة بيع أم لا؟ ويجيب عنه مسؤول بلا، وآخر بنعم»[2] وقد أجاب عنه الرملي بأنَّه لا يرد الزمان والمكان لعدم اختصاصهما بالبيع لأننا نريد بالركن: ما لا بدَّ للشيء منه في وجود صورته عقلاً إما لدخوله في حقيقته أو اختصاصه به[3] فعلى هذا يكون عد العاقدين والمعقود عليه من الأركان بناء على اصطلاح خاص في تعريف الركن[4] وأما الحنفية فقد أرادوا بالركن معناه المشهور في عرف الأصوليين وهو ما كان داخلاً في ماهية الشيء[5] فعلى هذا يكون الخلاف لفظياً راجعاً إلى المراد بالركن هنا ـ أي إلى الاصطلاح الذي لا يناقش أحد عليه لأنَّه لا مشاحة في الاصطلاح.

غير أنَّ الذي يظهر لي هو أنَّ هذا الخلاف جوهري نابع من اختلاف المدرستين ـ أي الحنفية، والجمهور ـ في مدى أهمية التعبير (الرضا الظاهر) أو الرضا الباطن، فالحنفية حينما حصروا مفهوم العقد في الإيجاب والقبول لا يتوقع منهم أكثر من اعتبار هذين الركنين في المقام الأول، لأنَّ أركان الشيء عبارة عن أجزاء الماهية[6].

وأمَّا الجمهور فقد لاحظوا مع التعبير المعبر، كما لاحظوا ما يتعلق به هذا التعبير

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز (٨/٩٨).

(٢) فتح العزيز (٨/٩٨).

(٣) حاشية الرملي على شرح روض الطالب (٢/٣).

(٤) أستاذنا الدكتور الشيخ العدوي ص (٧).

(٥) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ص (٢٨ ـ ٣٠) حيث عرف الركن بأنَّه ما كان داخلاً في الشيء، ولا يقوم الشيء إلَّا به.

وراجع التلويح على التوضيح (٢/٢٦٢)؛ والإيساغوجي ص (٧٣)؛ وحاشية الرملي على شرح الروض الطالب (٢/٢).

(٦) المصادر السابقة.

فحينئذٍ تدخل هذه العناصر كلها في أجزاء الماهية، وهذه الاعتبارات أيضاً تعود إلى نزعتي المدرستين، فنظرة الحنفية إلى العقود نظرة مادية حسية لا تتعدى ـ كقاعدة عامة ـ الألفاظ، ونظرة الجمهور في الغالب ـ ولا سيما المالكية والحنابلة ـ إلى ما يستتر وراء اللفظ، وما يكمن في العقد من قصود، لذلك فاعتبار العاقدين، والمعقود عليه من أركان العقد يكون في نظرهم شيئاً طبيعياً، ونرى لهذا آثاراً كثيرة فالحنفية تساهلوا في أمور العاقدين إلى حد بعيد، يظهر ذلك بوضوح في عقود الصبي، والمكره ولا سيما في العقود غير المالية، والسفيه ـ ولا سيما عند الإمام أبي حنيفة[1] في حين تشدد الجمهور في ذلك[2]، وكذلك بالنسبة للمعقود عليه حيث توسع الحنفية في مفهومه فقالوا: إنَّ العقد الواقع على خنزير في مقابلة خروف ينعقد ـ عند أبي يوسف ومحمد بالنسبة للخروف[3] وإن بيع العبد الآبق منعقد على الرغم من عدم القدرة على تسليمه[4]، وأنَّ الفاسد يفيد الملك بالقبض[5] في حين ذهب الجمهور إلى بطلان ذلك[6]، وقد توسع الحنفية في نطاق العقود الفاسدة التي تفيد الملك بالقبض[7] وضيقوا نطاق الباطل الذي لا يفيد شيئاً تبعاً لنظرتهم في حصر أركان العقد في الإيجاب والقبول فحينما حصروا العقد فيها وقالوا: الباطل ما كان الخلل في أصله ـ أي ركنه ـ والفاسد ما كان الخلل في غير أصله أي في وصفه ـ يكون أمراً طبيعياً أن كل خلل يتحقق في غير ركنه لا يؤدي إلى البطلان بل إلى الفساد، وبالتالي تكون الأمور الموجبة للبطلان أقل، والأمور التي توجب الفساد أكثر، وأمَّا الجمهور فلما توسعوا في الأركان وأدخلوا فيها ـ مع الصيغة ـ العاقدين والمحل يكون شيئاً معقولاً اعتبار كل خلل في هذه العناصر خللاً موجباً للبطلان، كما أنَّهم لم يفرقوا بين الفاسد، والباطل فأدخلوا كل أنواع الفاسد في الباطل[8].

---

(١) انظر مختصر الكرخي مع شرحه للقدوري بمخطوطة السليمانية ورقة (٩٧) وما بعدها؛ وتكملة فتح القدير (٧/٣١٨).

(٢) سيأتي تفصيل ذلك في الباب الأول بإذن الله تعالى.

(٣) انظر: مختصر الكرخي مع شرحه للقدوري، مخطوطة مكتبة السليمانية ورقة (١٠٠ ب)؛ وفتح القدير (٥/١٨٦ ـ ١٨٨).

(٤) فتح القدير (٥/٢٠٠).

(٥) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/١٨٨).

(٦) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢١٢)؛ والمجموع (٩/٢٣٠)؛ والغاية القصوى (١/٤٦٠)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٢٨٢).

(٧) انظر فتح القدير (٥/١٨٤ ـ ٢٣٨).

(٨) المصادر السابقة.

وقد ظهرت نزعة الحنفية والجمهور هذه حتى في منهجهم في تأليف الكتب[1].

والراجح هو أنَّ أركان العقد ـ لدى التحقيق ـ هو رضاء الطرفين، فالعقد هو ما عقد القلب عليه، لكنَّ صورة العقد لا تظهر إلَّا بالإيجاب والقبول، وبعبارة أخرى فإنَّ الرضا لما خفي أنيط حكمه بما يدل عليه، قال الغزالي: «ولا بدَّ منها ـ أي من الصيغة ـ حتى تتحقق صورة العقد»[2] فعلى هذا فللعقد ركنان هما الإيجاب والقبول وأمَّا العاقدان فلا يختصان بالعقد، لأنَّ كل فعل لا بدَّ له من فاعل، إذن فلا داعي لجعلهما ركنين للعقد بالذات وأمَّا المعقود عليه فهو أيضاً ليس ركناً للعقد بخصوصه، بل هو ركن لكل التزام وتصرف، وهنا يثور سؤال لماذا ذكر لفظ «شيء» في تعريفنا؟.

للجواب عن ذلك أنَّه ذكر لزيادة التوضيح وبيان متعلق الالتزام وليس لاعتباره ركناً في العقد، ولذلك يمكن الاستغناء عنه، ويكون التعريف: العقد: التزام ناشىء عن ارتباط الإيجاب بالقبول.

الغصن الثالث ـ التعريف بالعقد في القانون:

سنتناول فيه بإيجاز تعريف العقد في القانون الروماني والتشريعات الحديثة.

أولاً ـ التعريف بالعقد في القانون الروماني:

لم يعرف الرومان نظرية عامة للعقود[3] لذلك لا نطمع كثيراً في الوصول إلى

(١) وقد ظهرت نزعة الحنفية المنبثقة من اعتنائهم الشديد بالصيغة فقط دون العاقدين والمعقود عليه في منهجهم في تأليف الكتب، وكذلك نزعة الجمهور المنبثقة من اعتبار العاقدين والمعقود عليه أركاناً للعقد وذلك كالآتي: فمثلاً نرى كتب الحنفية تبدأ بعد كتاب البيوع بذكر انعقاد البيع بالإيجاب والقبول فمثلاً الكرخي وهو من متقدمي الحنفية يذكر في المختصر ـ مخطوطة تركيا ورقة (٩٧): كتاب البيوع ثمَّ ذكر مباشرة: «البيع ينعقد بإيجاب وقبول...» وكذلك فعل صاحب الهداية (٧٤/٥) وغيرهما. وأمَّا الجمهور فيذكرون أركان العقد وهي الصيغة والعاقدان، والمعقود عليه، ثمَّ يذكرون شروط كل ركن. فراجع على سبيل المثال الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٠٠٢)، والقوانين الفقهية ص (٢١١)؛ والمجموع للنووي (٩/١٤٥ ـ ١٦٠) والوجيز مع فتح العزيز (٨/٢٩٧)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦٠)، والإنصاف (٤/٢٥٩٠٠٠)؛ وعلى سبيل المثال نجد الإمام القفال الشاشي الشافعي يقول في كتابه حلية العلماء ـ مخطوطة تركيا جـ ١ ورقة (١٨٩). كتاب البيع يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار، فأما الصبي...) فقد جعل مدار الكتاب على الشخص ثمَّ انطلق منه.

(٢) الوسيط الورقة (٥٧). وراجع: الإبهاج في شرح المنهاج (١/٢٨٩)، وفتح القدير (٥/٧٦)؛ وشرح العناية (٢/٢٤٤).

(٣) د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، ص (٧٣).

تعريف متكامل للعقد في القانون الروماني، فالرأي الغالب هو أنَّ فكرة العقد بمعنى: توافق الإرادتين بقصد إنشاء التزام لم تظهر إلَّا في عهد جوستنيان (القرن السادس الميلادي). فلم تكن هذه الكلمة معروفة بمعناها الفني الاصطلاحي، بل كانوا يعبرون عن معنى الربط والالتزام بكلمة: (Contractum) وهي اسم مفعول بمعنى المربوط، وأول من استعمل هذا اللفظ هو لابيوت (ت ٢٢ ق. م) حيث كان يعني به: العلاقات الملزمة للجانبين كالبيع والإجارة والشركة فحسب، أمَّا العقود الأخرى فكانت في نظره عبارة عن أعمال قانونية[١] وكذلك كان تستعمل كلمة (Contrahere) - أي يرتبط - منذ أواخر العصر الجمهوري للدلالة على إبرام عمل قانوني منشىء للالتزام[٢]، وأمَّا لفظ العقد Contractus - أي المصدر - فلم يظهر إلَّا في القرن الأول للميلاد على لسان الخطيب كوينتيليان Quintilien في عام (٨٨ م) واستعمله الفقيه سلس[٣] لكن لا يعني أنَّهم حتى في هذا العصر أرادوا به التوافق بين الإرادتين بل ظلوا يفرقون بين الاتفاق، والعقد، فجاء يوسن (في القرن الثاني الميلادي) يطلق هذه الكلمة على الصفقة أياً كانت، وأدرج الالتزام برد ما دفع بغير وجه حق في الالتزامات التي تنشأ من العقود مع أنَّه ليس فيه أي اتفاق سابق[٤] لذلك ظلَّ تصوير العقد على أنَّه توافق الإرادتين بعيداً عن أذهان فقهاء الرومان في العصر الذهبي، فما العقد في نظرهم إلَّا ذلك العمل الذي يأتيه الشخص فيلزم بموجبه - أي سواء كان العمل لفظاً خاصاً، أو كتابة، أو تسليماً - وفي هذا التصوير لا ينظر إلى واقعة اتصال الإيجاب بالقبول، بل ينظر إلى كل طرف من طرفي العقد على حده، فينشأ الالتزام في ذمة كل منهما، «ومن ثمَّ يكون العقد في الأصل عبارة عن تصرف فردي لا يقوم على إرادتين. . .»[٥] ولذلك نرى أنَّ

---

(١) انظر:

Bonfante, Histoire Du Droit Romain, Trad. Franç., t. III, Paris, 1928, P. 107.

و د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، ص (٢٨٩)؛ وأبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، ص (٦٧ - ٦٨)، و د. شفيق شحاته، المرجع السابق ص (٧٣ - ٧٧).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) انظر: الموسوعة (١٢، ٤، ١٦)، وراجع د. صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، ص (٧)، و د. شفيق شحاتة، الوجيز في القانون الروماني، ص (٧٣ - ٧٧).

(٤) المصادر السابقة أنفسها، و د. عادل بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، ص (٢٠١ - ٢٠٤).

(٥) د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٧٥) والمصادر السابقة.

البيع يسمى عندهم بـ: (Emptio - Uendion) أي البيع والشراء وكذلك الإجارة تسمى عندهم: إيجاراً واستئجاراً[١].

غير أنَّ أوَّل تعريف للعقد يصادفنا في القانون الروماني هو ما ذكره ثوفيل (Theophlle) بقوله: «إنَّ العقود هي عبارة عن اتفاقات منشئة لالتزامات، فهي اتفاقات تؤدي إلى أن يصبح الواحد دائناً، والآخر مديناً»[٢] فقد استنبط ذلك من مجموعة جوستنيان نفسها، حيث ميَّزت العقد ـ الذي تستتر وراءه فكرة الإرادة ـ عن أشباه العقود ـ التي لا تمت إلى الإرادة بشيء ـ فعلى ضوء هذا فالعقد له مفهوم خاص يجري النص في هذه الحالة للكشف عن إرادة أطراف العقد ـ أي الكشف عن إرادة طرف يكون دائناً، وإرادة الطرف الآخر الذي يكون مديناً ـ فكانت العقود بالضرورة شخصية، وذات أهداف موضوعية محددة انطلاقاً من النزعة الشخصية البحتة التي سادت القانون الروماني طيلة عصوره، ثمَّ أصبحت القاسم المشترك بينه وبين كل القوانين التي اشتقت منه[٣] غير أنَّ التشريعات الحديثة التي اشتقت منه لا تفرق بين العقد والاتفاق فهما في الواقع لفظان مترادفان لمعنى واحد وهو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، وأمَّا القانون الروماني ـ طبقاً للرأي السائد كما سبق ـ فقد ظل يفرق بين العقد (Contractus) من ناحية وبين الاتفاق الذي عبَّروا عنه بلفظ (Pactum) أو (Conuentio) من ناحية أخرى، وجعل الاتفاق في منزلة دون منزلة العقد حيث لا يترتب عليه التزام، وذلك بسبب الشكلية التي سادته طيلة عصوره[٤].

ثانياً: تعريف العقد في التشريعات الحديثة[٥]:

وقد اختلفت نظرة المشرعين حول مدى الجدوى في تعريف العقد فذهب

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٧٣).

(٣) انظر:

Louis Josserand: Cours De Droit Civil positif Francais. Recueil Sirey. Paris, 1933, P. 7.

و د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص (٧٣).

(٤) د. صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، ص (١٣)؛ و د. عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة الثالثة، العدد الرابع لعام ١٩٤٨ م ص (٦٢٠) وما بعدها والمراجع السابقة.

(٥) فقد تطرق إلى تعريف العقد كل من كتب في الالتزام، أو العقد ونثبت هنا بعض المصادر الهامة التي راجعناها، الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، طبعة دار النهضة ١٩٨١ (١/١٧١)؛ =

اتجاه[1] إلى عدم الحاجة إلى تعريف العقد في صلب المواد القانونية وذلك لأنَّ التعاريف من عمل الفقه وليست من صميم عمل المشرع، أو لأنَّ العقد لوضوحه وظهور معناه لا يحتاج إلى تعريف أو أنَّ هذه التعريفات التي يوردها المشرعون لا تسلم في الغالب من نقد[2]. وذهب اتجاه آخر إلى تعريفه[3]، فقد عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٠١) بأنَّه «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر قِبَلَ آخر، أو آخرين بنقل حق عيني، أو بالقيام، أو بالامتناع عن عمل»[4] ويظهر من هذا التعريف التفرقة بين العقد (Contrat) والاتفاق (Convetion) حيث جعل الاتفاق جنساً له فيكون أعم منه فالعقد توافق إرادتين على إنشاء التزام كالبيع ونحوه، أو على نقله كالحوالة، وأمَّا الاتفاق فيشمل تعديل الالتزام ـ كإضافة شرط إليه ـ وإنهاءه ـ كالوفاء حيث ينتهي به الدين ـ[5].

= والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، ط. مطبعة مصر ثانية ١٩٥٤، (١/٢٥)؛ والدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ط. نهضة مصر ١٩٥٥ (١/٣٥)؛ والدكتور عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ط. مكتبة وهبة ١٩٧٥ ص (٤)؛ والدكتور جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/٤٤)؛ والدكتور محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، ط. جامعة القاهرة ص (٣٥)؛ والدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام، ط. سنة ٨٢ ص (١٣)؛ والدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مبادىء القانون، ص (٣٢١)؛ والدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط. مطبعة الجامعة ١٩٧٣، بغداد ص (٦٦)؛ والأساتذة الحكيم، والبكري، والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ط. وزارة التعليم بغداد (١/١٩)؛ والدكتور غنى حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط. المعارف، بغداد سنة ١٩٧١ (١/٤٠).

(١) وهو اتجاه التشريع المدني المصري والسوري، والألماني، والسويسري، والبولوني، والبرازيلي، والصيني. انظر المصادر السابقة و د. مالك دوهان، المرجع السابق، (١/ ٦٦).

P. Engel: Traite Des Obllgations En Droit Suisse. 1973, P. 121.

(٢) وراجع: د. مالك دوهان، المصدر السابق، (١/٦٦).

(٣) وهو اتجاه التقنيين الفرنسي، والإيطالي، واللبناني، والعراقي. هذا وقد اخترنا ترجمة الدكتور محمود جمال الدين للمادة المذكورة في كتابه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص (٣٥) وراجع الدكتور السنهوري، الوسيط (١/١٧١ ـ ١٧٢).

(٤) يراجع:

Josserand: Coursde Droit Civil Positif Francais Recueilsirey Paris, 1933. P. 7 Léen Julliëtde ; La Morandiere. Dalloz, 1966, P. 157.

(٥) المصادر السابقة أنفسها.

ومن الفقهاء من خصص العقد بما هو منشيء للالتزام، كما اختار إطلاق «العقد» على الاتفاق الذي يحمل اسماً معيناً كعقد البيع ونحوه، وإطلاق «الاتفاق» على العقود المركبة التي لا تنضوي تحت صنف معين[١].

ومع أنَّ هؤلاء قد فرَّقوا بينهما غير أنَّهم عادوا فاعترفوا بأنَّ واضعي القانون الفرنسي قد استعملوا «العقد» و«الاتفاق» كمترادفين بدليل استعمال أحدهما مكان الآخر لذلك اتَّجه الفقه السائد إلى عدم الجدوى في التفرقة بينهما[٢].

فقد اختار المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي في مادته (٢٢) والمشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه إلى أنَّ العقد هو اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها، أو إنهائها. فعلى هذا يكون العقد مرادفاً للاتفاق، لأنَّه ليس لهذه التفرقة أهمية عملية، فحينئذٍ يمكن أن يعرف بتعريف مختصر وهو أنَّه توافق إرادتين - أو أكثر - على ترتيب أثر قانوني وهذا الأثر عام يشمل إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله، أو إنهاءه[٣] كما يشير لفظ «توافق» إلى أنَّه تصرف قانوني يتم برضاء طرفين أو أكثر وخرج بـ «توافق إرادتين» الإرادة المنفردة حيث لا تعد عقداً، كما يدل التعريف على أنَّه ليس لكل توافق آثار قانونية وبالتالي يكون عقداً بل العقد هو التوافق المخصوص بقصد ترتيب أثر قانوني. فعلي هذا فما يتفق الطرفان في نطاق المجالات الاجتماعية - كدعوة شخص وقبولها - والروابط العائلية التي لا شأن للقانون بها - فلا يسمى عقداً في القانون، ويتبين هذا القصد من خلال الظروف والملابسات[٤]. والذي يظهر لي: أنَّه لصنع حسن تعميم العقد ليشمل الاتفاق على إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، لأنَّ ذلك لا يخرج عن نطاق العقد والتعاقد، غير أنَّ هذا لم ينل من عمومية الاتفاق Convention بل ظلَّ أعم من العقد

---

(١) Aubry Et Rau Traite Dedroit Civil Francais Tomes I. IV, VI Et IX, Ue Ed Paris, 1951 4/412.

وراجع الدكتور غنى حسون الموجز في الالتزامات (١/٤١).

(٢) المصادر السابقة.

وراجع: الدكتور السنهوري، الوسيط (١/١٣٨)؛ والدكتور حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام (١/٣٨)؛ والدكتور محمود جمال الدين، المصدر السابق، ص (٣٥)؛ والدكتور الحكيم، مصادر الالتزام (١/٢٨).

(٣) المصادر السابقة و P. Engel المرجع السابق ص ١٢١.

(٤) الدكتور السنهوري، الوسيط (١/١٣٧)؛ والدكتور محمود جمال الدين، المصدر السابق (٣٦)؛ والدكتور الحكيم، المصدر السابق (١/٢٩).

(Contrat) حيث احتفظ بشموليته للتوافق خارج نطاق قانون العقد وذلك لعدَّة اعتبارات:

أولها: أن «الاتفاق» ظلَّ - حتى عند القائلين بترادفهما - جنساً للعقد حيث عرفوه بأنَّه توافق أو اتفاق إرادتين. . . والجنس كما يقضي علم المنطق أعم من النوع المعرف[١].

وثانيها: أنَّ الاتفاق يطلق على الاتفاقات التي تتم في نطاق المراسيم والعادات الاجتماعية فيطلق «الاتفاق» على توافق شخصين على أن يسافرا معاً وكذا يطلق على الاتفاقات التي تتم بين أعضاء الأسرة كأن يتفق الابن مع أبيه على أن يعمل معه وغير ذلك، فكل ذلك يسمى اتفاقاً ولا يسمى عقداً.

ثالثها: أنَّ نطاق «العقد» محصور في القانون الخاص[٢] بل في دائرة المعاملات المالية عند كثيرين[٣] في حين أنَّ «الاتفاق» يخوض هذا الغمار، بل يتعداه إلى نطاق القانون العام، فالمعاهدات الدولية اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف ولكن هذه الاتفاقات لا تسمى عقوداً، فحينئذٍ احتفظ «الاتفاق» بعموم أكثر، ودائرة أوسع وأشمل دون أن يؤثر فيه تعميم العقد.

وأمَّا القانون الإنجليزي فلم يتعرض لتعريف العقد غير أنَّ شراحه ذكروا له عدَّة تعريفات من أهمها تعريف الفقيه (Pollock) حيث عرفه بأنَّه «وعد أو مجموعة من الوعود يضعها القانون موضع التنفيذ»[٤] ثمَّ شرحه بقوله: «والسبب الذي من أجله

---

(١) ايساغوجي ص (٢٧٣).

(٢) جوسران، المصدر السابق ص (٩)؛ والدكتور البدراوي، المصدر السابق ص (٤١) وغيرهما.

(٣) ولا سيما عند فقهاء القانون المدني المصري منهم السنهوري، الوسيط (١/١٣٩)؛ والصدة، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني ص (٥٩)؛ والبدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ص (٤١).

(٤) Pollok, Principles Of Contract, 13 Th Ed. P. I. Chitty, Oncontracts. 22 Nd. Ed. Sweet Maxw Ell, London, 1961. P. I.

وقد أخذ بهذا التعريف مشروع مقترحات المعهد الأمريكي للقانون في إصلاح قانون العقد في مادته الأولى سنة ١٩٢٥ م. =

يعمل القانون على إعمال الوعود هو أنَّه إذا لم يكن للوعود قيمة فإنَّ التوقعات المشروعة لأطراف التعاقد لن تقوم لها قائمة، وهذا الجزء من القانون يوصف بأنَّه: «قانون العقد» وهذا القانون يحاول أن يضع موضع التنفيذ التوقعات المعقولة التي ترتبت على الوعد، وله سلطة واسعة حيث إنَّ قواعده تنظم بنفسها أحوال سريان القاعدة وأحكامها، ولذلك يختلف عن بقية فروع القانون الأخرى التي لا تملك نصوصها هذه السلطة»[1].

غير أنَّ الفقيه الإنجليزي (Hollond) يقول: «إنَّه ليست الظروف المؤدية للوعد، أو لمجموعة الوعود هي الملزمة، وكذلك ليست العلاقات القانونية بين الأطراف هي الملزمة، فليس كل ذلك هو الذي يكوِّن العقد، ولكن ما يكونه هو الوعد، أو الوعود ذاتها، وقد تتسع الصياغة، ولكن الرأي المحدد هو أنَّ التصرف هو موضوع العقد، أما النتائج المترتبة على العقد فهذا شيء مختلف»[2] فعلى ضوء هذا الرأي أنَّ العقد يكتسب الإلزام من الوعد نفسه، وأمَّا القانون فتأتي قوَّته في ترتيب الآثار وتنظيمها.

ثمَّ إنَّ الفقهين الإنجليزي والأمريكي قد فرَّقا بين العقد والاتفاق يقول وليستون: «الاتفاق: تعبير يقصد به موافقة شخصين أو أكثر على تأدية عمل بواسطة فرد أو أكثر في الوقت الحاضر، أو المستقبل فالاتفاق يغطي عقود البيع والهبة... كما يغطي الوعود التي ليست له صفة الإلزام القانوني»[3] فالاتفاق أعم من العقود، وأوسع مدى منها من جهة فليس كل تعبير عن الإرادة وإن كانت متعددة يسمى عقداً بل لا بدَّ من تحقق بقية شروطه وأركانه كوجود مقابل، أو تحقق شكل (٤) لكنه من جهة أخرى

= وراجع:

J. F. Wilson, Principles Of Contract.

London. 1957. P. 14.

S. Williston: The Law Of Contracts, Baker, Voorhis, N. Y. 1920, P. I.

(١) بولوك: المصدر السابق ص (١).

(٢) هذا الرأي مشار إليه في وليستون، المصدر السابق (١/٢).

وراجع: شيتي، المرجع السابق، ص (٣).

(٣) وليستون، المرجع السابق، (١/٢)؛ وشيتي، المصدر السابق، الفقرة ٣ وما بعدها.

(٤) وليستون، المرجع السابق بند (٢) وقد أشار إلى عدَّة قضايا بهذا الخصوص منها قضية:

Corter V. Pralrie Ollv Cas Co.

58 Okl. 365, 160 Pac. 319.

يكون العقد أعم منه يقول (وليستون): «ومن ناحية أخرى اعترف القانون العام بإمكان قيام ارتباط تعاقدي بموجب عقد رسمي وبمجرد تصرف من ملتزم وبدون اتفاق»[1].

وأخيراً فإنَّ القانون المدني العراقي قد عرف العقد في المادة (٧٣) بأنَّه «... ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه» وهذا التعريف مأخوذ من المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران لقدري باشا فهو تعريف مستنبط من الفقه الإسلامي ـ كما سبق[2]ـ.

هذا وقد انتقده بعض شراح القانون المدني العراقي[3] بأنَّ فيه عيباً من حيث الصياغة، ففيه حشو كان بإمكان المشرع العراقي أن يتجنبه حيث إنَّه لو اقتصر في تعريفه على أنَّ «العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه» لكان يؤدي المعنى نفسه، لأنَّ الإيجاب والقبول تعبير عن الإرادة وهو لا يمكن أن يصدر إلَّا من الإنسان الذي يروم الدخول في علاقة تعاقدية[4].

تحليل هذه التعاريف وبيان نزعاتها واتجاهاتها:

إذا استعرضنا التعاريف التي ذكرناها يتضح لنا أنَّها قد أجمعت على أنَّ العقد إنَّما يطلق على توافق إرادتين فأكثر، أمَّا الإرادة المنفردة فلا تسمى عقداً، كما أنَّها قد

---

(١) وليستون، المرجع السابق (١: ٢ ـ ٣).

(٢) راجع في تفصيل ذلك: د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، (١/٢٨)؛ و د. مالك دوهان، المرجع السابق (١/٦٦)؛ و د. عبد الغني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (١/٤٠).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص (٢٨).

(٤) الأستاذ الحكيم، المصدر السابق نفسه.

وقد حاول الأستاذ الدكتور مالك دوهان، مصادر الالتزام (١/٦٩) أن يجيب عنه فقال: «وفي نظرنا أنَّ المشرع العراقي كان قاصداً ـ عن وعي وإدراك ـ تثبيت هذه العبارة للتأكيد على عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه كمبدأ.. وقد أحسن صنعاً عندما أورد هذه العبارة ليشترط أن يصدر الإيجاب من طرف، والقبول من طرف آخر بحيث لا ينعقد العقد من حيث المبدأ إلَّا بوجود إيجاب صادر من طرف، وقبول صادر من طرف آخر».

وهذا الجواب قد جانبه الدقة ـ في نظري ـ لأنَّ التعريف لو أريد به هذا المعنى الذي ذكره لكان غير جامع للعقود التي سمح فيها المشرع أن يتولى طرفيها شخص واحد وإن كان ذلك عن طريق الاستثناء، لأنَّ قواعد المنطق تقتضي شمول المعرف لكل أفراده.

انظر: إيسا غوجي، ط. مصطفى الحلبي ص (٢٧٣).

اتفق جميعها على أنَّ الوعود التي ليست لها صفة الإلزام والالتزام لا تسمى عقداً، غير أنَّها اختلفت نزعات هذه التعاريف، وتفرقت اتجاهاتها انطلاقاً من أنَّ كل تعريف نابع من نطاقه الذي ترعرع في ظله، فالعقد في النظام اللاتيني مصدر من مصادر الالتزام لذلك جاء التعريف الفرنسي منبثقاً من هذه الفكرة، ومبيناً أنه منشىء للالتزام، في حين نظر القانون الإنجليزي إلى العقد باعتباره يتكوَّن من مجموعة وعود فحصره على التعبير، دون النظر إلى الشخص، وذلك لأنَّ القانون الإنجليزي لا يعرف نظرية الالتزام، ولا يلقي بالاً لمصادره فنظرة الفقه الإنجليزي نظرة موضوعية، على عكس نظرة الفقه الفرنسي حيث إنها ذاتية باعتباره مشتقاً من القانون الروماني وإن كان قد تخلص من كثير من مشاكل هذه النزعة وتبعاتها.

وأيضاً إنَّ التعريف الفرنسي يظهر فيه المذهب الشخصي، والتعريف الإنجليزي يظهر فيه المذهب المادي.

كما يظهر أنَّ التعريف الفرنسي ينصب على الاتفاق وهو أمر باطني نفسي انطلاقاً من نزعته في الاعتبار بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة، وأمَّا الفقه الإنجليزي فقد أطلق العقد على التعبير نفسه مما يفهم عنه بوضوح نزعته في الاعتبار بالإرادة الظاهرة.

وأمَّا التعريف الذي أورده الفقهاء فهو يختلف عن التعريف الفرنسي من حيث إنَّه ليس فيه أي إشارة إلى كون العقد مصدراً من مصادر الالتزام كما هو الأمر في القانون الروماني والقوانين التي اشتقت منه، وذلك انطلاقاً من أنَّ الفقه الإسلامي لم يبحث العقد باعتباره مصدراً للالتزام، وإنَّما بحثه من خلال ارتباط الإيجاب والقبول ثمَّ ينشأ عنه الآثار بترتيب الشارع وهذا يعود إلى أنَّ غرضه ينصب على الحلول الواقعية الملموسة دون الدخول في متاهات النظريات وقيودها.

كما تظهر في الفقه الإسلامي النزعة الموضوعية الحسية ـ كما سبق ـ، والاعتناء بالإرادة الظاهرة باعتبارها الدليل الصحيح الملموس على الإرادة الباطنة وهذا لا يعني إغفال الجانب الشخصي مطلقاً وإنَّما يعني أنها دليل على ما في الباطن، ولذلك اعتني كثيراً بالإرادة الباطنة فعلى هذا فالبون بين نظرات ونزعات كل من الفقهين: الإسلامي والفرنسي جد بعيد، فلكل منها طابعه الخاص، وصياغته التي تختص به ومنهجه الذي يسري عليه في التعاريف والعلاج والحلول غير أنَّه يلاحظ تقارب ما بين الفقه الإسلامي، وتعريف الفقه الإنجليزي، فكل منا قد أطلق العقد على الإيجاب والقبول، غير أنَّهما يختلفان في قضية المقابل الذي يختص به الفقه الإنجليزي ـ كما سبق ـ كما أنَّهما يبتعدان من حيث الآثار فهي بترتيب الشارع في الفقه الإسلامي، وبقوَّة قانون

العقد في الفقه الإنجليزي، كما أنَّه لا بدَّ أن لا ننسى هنا أسبقية الفقه الإسلامي على الفقه الإنجليزي لنترك للباحث الحكم بالتأثير إن ارتأى ذلك.

وأمَّا التعريف الذي اخترناه في الفقه الإسلامي ففيه المتوسط بين النزعتين حيث يشير بلفظ «التزام» إلى الإرادة الباطنة، وبقوله: «بارتباط الإيجاب والقبول» إلى الإرادة الظاهرة لأنَّه المناط في العقود والمعاملات.

وأخيراً نلاحظ أنَّ التعريف الفرنسي للعقد يشير فيه إلى أركان العقد الثلاثة: التراضي، والسبب، والمحل حيث إن لفظ «اتفاق..» يشير إلى تراضي الطرفين، ثمَّ إن الإرادة الحرة المعبرة لا تصدر دون أن تكون مدفوعة بسبب، كما أشار التعريف بلفظ: «بنقل حق عيني...» إلى المحل، وهذا ما نصَّت عليه المادة (١١٠٨ م ف) بقولها: «إنَّ العقد لا يتحقق إلَّا بتوافر أربعة أمور هي: التراضي، والأهلية، والمحل، والسبب» غير أنَّ الفقه الفرنسي قد أبعد الأهلية عن كونها ركناً للعقد باعتبارها ركناً للالتزام، وشرطاً لصحة الرضاء، فبقي الثلاثة. هذا في العقود الرضائية، وأمَّا في العقود الشكلية أو العينية فيعتبر الشكل، أو التسليم عموداً فقرياً لتكوينها[١]. وهذا ما سار عليه القانون المدني المصري الحالي حيث ذكر الرضاء، والمحل والسبب أركاناً للعقد في المواد (٨٩ ـ ١٣٧)[٢] وكذلك فعل القانون المدني العراقي في المواد (٧٧ ـ ١٣٢)[٣]. ومن الفقهاء من حصر أركان العقد في التراضي وحده ـ أي إرادة الطرفين ـ، لأنَّه بدوره يقتضي بقية الأركان، وذلك لأنَّ الإرادة لا تكون موجودة ومعتبرة إلَّا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية، كما أنَّها لا تتحقق في الخارج إلَّا إذا كان لها محل تتعلق به، وكذلك فإنَّ إرادة العاقل لا تتجه نحو شيء عبثاً بل تكون مدفوعة بسبب معين لتحقيق هدف معين فعلى هذا فالأهلية والمحل والسبب شروط لتحقق الإرادة وسلامتها[٤] وقد سبق أنَّ الفقه الحنفي لم يجعل للعقد أركاناً سوى الإيجاب والقبول ـ

(١) انظر في تفصيل ذلك: L. Josserand المرجع السابق بند (٥٥، ١٢٧، ١٢٨)؛ و(Morandiere) المرجع السابق بند ٢٩٤ وما بعدها؛ وبلاينول؛ المطول العملي للقانون المدني الفرنسي (١٠٥/٦) وما بعدها.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٢١١/١ ـ ٦٣٧)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٦٤ ـ ٢٢٠) والمصادر السابقة.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، (٥٣/١ ـ ٢٢٧)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق، (١٠٠/١ ـ ٤٧٩)؛ و د. غنى حسون، الوجيز (٨٩/١ ـ ٢٦٧).

(٤) هذا الرأي مشار إليه في الدكتور فتحي عبد الرحيم: العناصر المكونة للعقد ص (٤١) والدكتور مالك دوهان، المصدر السابق ص (٨٨) وغيرهما.

أي تراضي الطرفين[1] ـ كما أنَّ جمهور الفقهاء المسلمين قد صرَّحوا بأنَّ الركن الأساسي لكل عقد هو رضا العاقدين[2] وذهب فريق ثالث إلى حصر أركان العقد في ركنين اثنين هما التراضي، والسبب، وأبعد المحل أيضاً عن كونه ركناً للعقد مبرراً موقفه بأنَّ المحل في الوقع ركن للالتزام ومؤولاً موقف من عدَّه ركناً في العقد بأنَّ أهمية المحل إنَّما تظهر في الالتزام الإرادي سواء كان تنشأ عن عقد، أو إرادة منفردة باعتبار أنَّ الإرادة هي التي تحتاجه وتحدده، في حين أنَّ القانون بوحده هو الذي يحدد المحل في غيره[3].

وأمَّا تعريف الفقه الإنجليزي للعقد فقد أشار إلى أركانه هي: العرض، والقبول، ثمَّ المقابل إن كان له مقابل، أو الشكل إن كان من العقود الشكلية ولم يجعل السبب والمحل ركنيين له خلافاً للقانون الفرنسي[4].

---

(١) فتح القدير مع شرح العناية (٥/٧٤)، ومنحة الخالق على البحر الرائق (٥/٢٦٧).

(٢) انظر المصادر السابقة عند الكلام على العقود.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، (ص ٦٤).

(٤) يتكوَّن العقد في القانون الإنجليزي من عرض يتقدم به أحد طرفي العقد وقبول يلتزم به الآخر بقصد إنشاء علاقة تعاقدية، وعندما يتم التوصل إلى اتفاق بين أطراف العقد لا بد ـ لكي يصبح ملزماً في القانون ـ من ركن آخر وهو الشكل في العقود الشكلية وذلك بإتمام إجراءات التسجيل ووضع خاتمه عليها، أو المقابل، وذلك لأنَّ القاعدة العامة في القانون الإنجليزي هو رفض كون الوعد مقابل الوعد مؤثراً ما لم يكن هذا الوعد مقروناً بمقابل. وهذا الأصل الفقهي وإن كان فيه ـ كما قال ولسون ـ بعض الغموض، وتعرض لنقد كثير غير أنَّ المقابل لا يزال مطلوباً لكي يصبح العقد ساري المفعول، وقد فسر موقف القانون بأنَّ المقابل والعرض، والقبول وحدة ثلاثية لا تنفصم، فهي أوجه متعددة لعملة واحدة هي المساومة، فالمقابل في جوهره ليس إلاَّ مقابل الطلب موضوع العرض، ولذلك مهما علقت الآمال لإصلاح القانون فإنَّ المقابل ـ كما قال ولسون ـ سيظل العامل الوحيد الفعَّال الذي يميز بين الوعد الذي ليس له مقابل، وبين المساومة العملية، لدرجة أنَّ الوعود التي ليس لها مقابل كثيراً ما يجعل لها مقابل رمزي لتأكيد جديتها، وعندئذٍ يقصد بمثل هذا الإجراء جعل التعبير عن النية ملزماً، وقد لخص الفقيه الإنجليزي (Chitty) العناصر الأساسية للعقد في أنَّها تكمن في أن يتجه قصد أطراف العقد إلى الدخول في علاقات قانونية، وأن يكون هناك عرض وقبول يعبران عن هذا القصد، وأن يسجل هذا الوعد إذا تعلَّق ببيع الأراضي، والعقارات، وأن يكون لمثل هذا الوعد مقابل، وأن يكون للمتعاقدين أهلية التعاقد، وأن لا يكون العقد مبنياً على غلط، أو إكراه، وأن يكون موضوع التعاقد مشروعاً. =

الفرع الثاني
نطاق العقد

وفيه غصنان:

الغصن الأول ـ نطاق العقد في الفقه الإسلامي:

يتسع نطاق العقد تبعاً لنظرة الفقهاء إليه فقد رأينا أنَّ العقد في اصطلاح المفسرين والفقهاء المتقدمين وغالبية المتأخرين له معنى واسع شامل لكل التعهدات سواء كانت تعهداً منفرداً، أو مزدوجاً، سواء كان تعهداً بين الإنسان وخالقه، أو بين الناس بعضهم لبعض، أو بين الحكومات، أو بين الأفراد والحكومات وسواء كان الالتزام الناشيء عنه ذات قيمة مالية أم لا.

وأمَّا على ضوء معناه الخاص ـ أي الالتزام الصادر بين طرفين بإيجاب وقبول ـ وهو الذي يرد كثيراً عند الإطلاق لدى الفقهاء ـ ولا سيما المتأخرون ـ فلا يشمل الإرادة المنفردة ونحوها لكنه مع ذلك يسع نطاقه ليشمل كل الالتزامات المالية وغير المالية سواء كانت على شكل اتفاقات بين الأفراد، أو بين الحكومات، فقد ذكروا من أقسامه ولاية القضاء، وولاية الوظائف الإدارية ونحوها[1].

الغصن الثاني: نطاق العقد في القانون:

ينحصر العقد ـ مع القول بشموله للاتفاق على إحداث أثر قانوني، أو تعديله أو إنهائه، أو نقله ـ في نطاق دائرة القانون الخاص، فالاتفاقات الدولية، والنيابة بين النائب وناخبيه وكذلك العقود الإدارية، لا تسمى عقوداً في القانون المدني، لأنَّ لها قواعدها التي تحكمها وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري المصري بمجلس

= انظر:

C. H. Treitel: The Law Of Contract, London, 1979, P. 7.

و(Chitty) المرجع السابق، ص (٢)؛ وِوليستون، المرجع السابق، ص (٢) وما بعدها.

وراجع تقرير لجنة إصلاح القانون في مجلة (C. G. R.) للقانون العدد (٥٤/٣٣).

(١) انظر في تفصيل ذلك: المصادر السابقة في تعريفات العقد.

وراجع: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٩٩)؛ ومختصر الكرخي مع شرحه للقدوري، مخطوطة تركيا بمكتبة السليمانية رقم (٥٦٣) ورقة (٩٧)؛ والقواعد للنووي، مخطوطة الأزهر ٢١٧٠ سقا، فقه الشافعي ورقة (٨٧)؛ والأشباه والنظائر لابن نجم ص (٣٣٧)؛ والقواعد لابن رجب ص (٥١ ـ ٧٤ ـ ٨٦).

الدولة في حكم صادر لها في ديسمبر سنة ١٩٥٢ م بقولها: «إنَّ العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنَّها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين شخص، أو شركاء، أو جماعة، وفي أنَّها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام، وأنَّ كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة، إذ يجب أن يراعي فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه، وفي تفسيره، وفي إنهائه، وهو بذلك يخضع للسلطة العامة في توجيه المرافق وتنظيمه. . .»(١).

يقول الأستاذ الدكتور البداروي: «يكاد الإجماع ينعقد بين الشراح والقضاء على أن نطاق العقد يجب أن يكون مقصوراً على دائرة روابط القانون الخاص لا روابط القانون العام»(٢) ثمَّ بعد ذلك يشمل الاتفاقات التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة، والتي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر، وكذلك يشمل العقود التي توفق بين مصالح متعارضة كالبيع، والشراء، أو بين مصالح متوافقة كالشركة وأشبه ذلك(٣). غير أنَّه ثار خلاف بين الشراح في شمول العقد للروابط القانونية غير المالية كالزواج ونحوه، فذهب بعضهم(٤) إلى أنَّها لا تسمى عقوداً في حين ذهب آخرون(٥) إلى أنها تسمى عقوداً. وهذا الخلاف يعود إلى اختلاف وجهات النظر إلى العقد فالفريق الأول جعلوا من خصائص العقد أن تكون الالتزامات الناشئة عنه ذات قيمة مالية، وأن تكون الإرادة هي المنشئة للالتزام والآثار، فعندما نظروا إلى هذه الاتفاقات الأسرية وجدوها أنَّها لا تنشىء الأموال من حيث هي، وأن ما يترتب عليها بحكم القانون.

وأمَّا الفريق الثاني: فقد نظروا إلى عموم العقد وعدم التسليم بتخصيص العقد

---

(١) انظر: د. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ص (٤٢)؛ و د. السنهوري، الوسيط (١/١٧٤).

(٢) الدكتور البدراوي، المرجع السابق، ص (٤٢ ـ ٤٣).

(٣) الدكتور السنهوري، الوسيط (١/١٧٤)؛ والدكتور الصدة، مصادر الالتزام ص (٥٢) والمصادر السابقة.

(٤) منهم الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/١٧٤)؛ والدكتور حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام (١/٣٩)؛ وعبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، ص (٥٢)؛ وأنور سلطان، النظرية العامة للالتزامات، ص (٢٩).

(٥) ومنهم الأستاذ سليمان مرقص، المرجع السابق، ص (٤٤)؛ والدكتور البدراوي، المرجع السابق، ص (٤٤ ـ ٤٥)؛ وبلانيول وأسمان، المطول في شرح القانون المدني الفرنسي (٦/٢٢).

بالمالية، فالعقد هو الاتفاق بين الطرفين سواء كان ما يترتب عليه مالاً أو غيره، فليس هناك أي دليل في القانون على اشتراط آثار العقد ذات قيمة مالية، ثمَّ إن تدخل القانون في تنظيم آثار عقود الزواج ونحوه لا ينفي عنه العقدية، لأنَّ الدخول منذ البداية مرتبط بالعاقدين، والآثار تترتب على الاتفاق وإن كانت بحكم القانون فحينئذٍ لا يجوز القول بأنَّ هذه الاتفاقات لا تسمى عقوداً. صحيح أنَّ القانون ـ وليس الإرادة ـ هو الذي ينظم آثارها، وذلك لأنَّه إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي أنَّ إرادة المتعاقدين هي التي تنظم آثار العقد وتنشئها غير أنَّ هذه القاعدة مقيدة بقيد النظام العام ولذلك نرى المشرع يتدخل كثيراً في بعض العقود فارضاً إرادته على إرادة المتعاقدين، ومحددا إرادتهما في كونها في كذا دون كذا ومع ذلك يظل الاتفاق فيها عقداً كما هو الحال في عقد العمل، وعقد الإيجار، لذلك فتنظيم المشرع: الاتفاقات الخاصة بنظام الأسرة لا يمكن أن ينفي عنها وصف العقود وأن يستبعد عنها تطبيق الأحكام الخاصة بالعقود ولا سيما شروط الانعقاد والصحة(١).

وهناك فريق ثالث لم يكتف بحصر العقد في نطاق القانون الخاص، ولا في نطاق المعاملات المالية فحسب بل ضيق مفهومه بشكل لا يشمل إلاَّ العقود التي تتعارض فيها مصالح العاقدين، ويتفاوض في شروطها الطرفان على قدم المساواة ولذا نراهم لا يطلقون وصف العقد على العقد الذي يجمع بين مصالح متوافقة كما في عقد الشركة، ولا على العقود التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر (كعقود الإذعان) ولا على العقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية وكتصالح الدائنين مع المفلس فكل هذه ليست عقوداً في نظرهم، وإنَّما هي مراكز قانونية منظمة، فيكون تفسيرها حينئذٍ كما تفسر القاعدة القانونية طبقاً لما تقضي به الظروف ووفق ما يقتضيه الصالح العام(٢).

لكن هذا التضييق ليس عليه دليل لا من مفهوم العقد، ولا من واقع القانون(٣).

ولذلك فالراجح هو شمول العقد لكل اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إنشاء أثر قانوني، أو تعديله، أو إنهائه من غير نظر إلى تلك الأمور الخارجة عن مفهوم العقد ومدلوله(٤).

---

(١) الدكتور البدراوي، المصدر السابق نفسه، والمصادر السابقة.

(٢) د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق (١/٣٩ ـ ٤٠).

(٣) د. البدراوي، المصدر السابق، ص (٤٤) والمصادر السابقة.

(٤) البدراوي، المصدر السابق نفسه.

هذا. ونحن في دراستنا هذه نتخذ طريقاً وسطاً، وهو اختيار العقد بمعناه الخاص - في الفقه الإسلامي - وداخل القانون الخاص، أي العقود المدنية التي تنشأ عنها آثار ذات قيمة مالية كالبيوع ونحوها، أو غير مالية لتشمل النكاح ونحوه، غير أنَّ طبيعة بحثي هذا لا تقتضي الولوج في التفصيلات الجزئية والبحث عن كل ما يتعلق بكل عقد، بل تنصب على مبدأ الرضائية فحسب، وتستشهد بالجزئيات والفرعيات لإثبات هذا المبدأ فقط.

الفرع الثالث
أقسام العقد

وفيه غصنان:

الغصن الأول - أقسام العقد في الفقه الإسلامي:

قسَّم الفقهاء المسلمون العقد إلى عدَّة تقسيمات مختلفة[1] نذكر منها أهمها وهي:

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: مختصر الكرخي (٣٤٠ هـ) مع شرحه للقدوري مخطوطة مكتبة السليمانية رقم (٥٦٣) ورقة (٩٧)؛ والفتاوي الهندية (٣/٢٠٠٠)؛ وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/١٨٤٠٠٠)؛ وحاشية رد المختار على الدر المختار (٥/٤٩)؛ والبحر الرائق (٥/٢٧٧)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣٣٧)؛ وبداية المجتهد (٢/١٢٤، ١٧٤)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦)؛ والحاوي للماوردي، مخطوطة العراق جـ ٥ ورقة (١٢-١٣)؛ وفتح العزيز للرافعي - بهامش المجموع (٨/١٠٢)؛ ومجموعة القواعد للنووي، مخطوطة الأزهر رقم ٢١٧٠ ورقة (٨٧)؛ المنثور في القواعد للزركشي (٢/٣٩٧-٤١٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٩ - ٣١٢)؛ وشرح التحرير للقاضي زكريا الأنصاري (٢/٣)؛ والقواعد لابن رجب الحنبلي ص (٥٦ - ٦٩)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٩٤ - ٥٩٥)؛.

ويراجع من كتب المحدثين: الأستاذ أحمد إبراهيم بك، ط. دار الأنصار ص (٤٨)؛ والأستاذ الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص (٤٢٠)؛ والأستاذ الشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١٧٢)؛ والأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور المدخل ص (٢٠١)؛ والدكتور أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، ط. مؤسسة الثقافة الجامعية ص (٢٩٩)؛ والأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط. مؤسسة الرسالة ص (٣٦٥)؛ والدكتور يوسف قاسم، مبادىء الفقه الإسلامي، ط. دار النهضة العربية ص (٣٥٤٠٠)؛ والأستاذ الدكتور محمد مصطفى شحاتة، ط. دار التأليف ١٩٧٦ ص (٣٣)؛ والدكاترة، محمد أحمد الدهمي، ومحمود محمد علي وعبد العزيز عزام، أحكام العقود ص (٣٦).

التقسيم الأول للعقد باعتبار الجواز واللزوم، فهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عقد لازم للطرفين كالبيع والإجارة، والصلح والحوالة، والمساقاة، والهبة لأجنبي بعد القبض، والخلع ونحوها.

الثاني: عقد جائز للطرفين كالشركة، والوكالة، والمضاربة والوصية والعارية، والوديعة، والقرض، والجعالة قبل فراغ العمل ونحوها.

الثالث: عقد لازم من أحد الطرفين، وجائز من الآخر كالرهن حيث هو لازم من جهة الراهن بعد القبض، جائز من جهة المرتهن، وكالضمان والكفالة جائزان من جهة المضمون له دون الضامن، وكعقد الأمان لازم من جهة المؤمن، وجائز من جهة المؤمن له، ونحو ذلك[1].

ومما يجدر التنبيه عليه أنَّ بعض العقود الجائزة قد تنقلب لازمة إذا أدَّى فسخها إلى ضرر بيِّن مثل الوصي حيث له عزل نفسه لكنه إذا علم أنَّ مال الشخص الذي هو وصي عليه يتلف في حالة عزله نفسه لا يجوز له ذلك[2]. وكالشريك والمقارض، وقد قال الفقهاء إنَّ العامل إذا فسخ القراض عليه التقاضي والاستيفاء لأنَّ الدين ملك ناقص وقد أخذ المال عن صاحبه كاملاً فلا بدَّ أن يرده كما أخذه[3] قال الزركشي: «وظاهر كلامهم أنَّه ـ أي العامل ـ لا ينعزل حتى ينض المال، ويعلم به المالك...»[4].

التقسيم الثاني باعتبار كون المعقود عليه مالاً أو غيره فهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر المصادر السابقة لا سيما: المنثور في القواعد (٤٠٢/٢) وقد قسم الماوردي (٤٥٠ هـ) العقد بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام وهي:

الأول: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولا يفضي إلى اللزوم في ثاني الحال وهو خمسة عقود: الوكالة والشركة والمضاربة والعارية والوديعة.

الثاني: ما كان غير لازم في الحال لكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني الحال كالجعالة.

الثالث: ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين دون العاقد الآخر كالرهن والضمان والكتابة.

الرابع: ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً.

انظر: الحاوي الكبير للماوردي، مخطوطة أوقاف العراق جـ ٥ ورقة (١٢ ـ ١٣).

(٢) المنثور في القواعد (٤٠٢/٢) والقواعد للنووي مخطوطة الأزهر ٢١٧٠ فقه شافعي ورقة (٨٧).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) المنثور في القواعد (٤٠٢/٢).

الأول: عقد مالي من الطرفين كالبيع والسلم والإجارة والمضاربة ونحوها.

الثاني: عقد غير مالي من الطرفين كما في عقد الهدنة، وعقد القضاء.

الثالث: عقد مالي من أحد الطرفين كالنكاح، والخلع، والصلح عن الدم والجزية[1].

التقسيم الثالث للعقد باعتبار اشتراط قبض المعقود عليه أم عدم اشتراطه حيث ينقسم بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام:

الأول: ما لا يشترط فيها القبض، لا في صحته، ولا في لزومه، ولا في استقراره مثل النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية، والجعالة.

الثاني: ما يشترط القبض في صحته مثل الصرف كبيع الدرهم بدرهم حيث يجب القبض فوراً.

الثالث: ما يشترط القبض في لزومه كالرهن، والهبة للأجنبي.

الرابع: ما يشترط القبض في استقراره كالبيع والسلم، والإجارة، والصداق ونحوها[2].

وما عدا النوع الثاني يترتب على مجرد العقد الآثار دون الحاجة إلى القبض لكن لزومه، أو استقراره يتوقف على القبض[3].

التقسيم الرابع للعقد باعتبار كونه يتضمن تمليكاً أو إسقاطاً حيث ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

الأول: عقود التمليكات وهي ما يكون الغرض منها تمليك عين المال أو منفعته بعوض أو بدونه، فيتفرع منها نوعان:

النوع الأول: المعاوضات وهي ما كان التمليك فيها ـ سواء كان تمليك عين المال أو منفعته ـ بمقابل سواء كان هذا المقابل مالاً أو نحوه، فحينئذٍ تشمل ما كانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع، والسلم والقرض ونحوها، وما كانت مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة، والاستصناع، والمزارعة، والمساقاة والمضاربة وما كانت مبادلة مال بما

---

(١) المنثور في القواعد (٢/٤٠٢)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٩٩) وما بعدها.

(٢) الأشباه للسيوطي ص (٣٠٥ ـ ٣٠٦)؛ والمنثور في القواعد (٢/٤٠٦).

(٣) المنثور في القواعد للزركشي (٢/٤٠٨).

ليس بمال ولا منفعة كالزواج والخلع، وما كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع والمهايأة[1].

النوع الثاني: عقود التبرعات وهي ما كان التمليك فيها من غير مقابل مثل الهبة والصدقة، والوصية، والوقف، والإعارة.

الثاني: عقود الإسقاطات وهي ما كان القصد منها إسقاط حق من الحقوق سواء كان بمقابل كالخلع والطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة، وكإسقاط حق القصاص مقابل الدية ويسمى إسقاطاً غير محض، أو كان بدون مقابل كإبراء الدائن المدين والطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص بدون مقابل، والتنازل عن حق الشفعة ونحو ذلك ويسمى إسقاطاً محضاً[2].

التقسيم الخامس للعقد باعتبار اشتراط الصيغة أو عدم اشتراطها فهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى خمسة أقسام:

الأول: ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً مثل الهدية.

الثاني: ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً كالنكاح.

الثالث: ما يفتقر إلى الإيجاب لفظاً، ولا يفتقر إلى القبول لفظاً بل يكفي الفعل كالوكالة والقراض، والوديعة.

الرابع: لا يحتاج حتى إلى الفعل لكن بشرط أن لا يقوم برده كالوقف على شخص على ما اختاره النووي.

الخامس: ما لا يرتد بالرد كالضمان والإبراء، والصلح عن دم العمد على الدية[3].

التقسيم السادس للعقد باعتبار وصفه الشرعي:[4]

لم يتفق الفقهاء في أقسام العقد بهذا الوصف بل حصل خلاف كبير بين

---

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص (٤٨ ـ ٥١)؛ الأستاذ مذكور، المدخل ص (٥٨٨)؛ والدكتور أحمد فراج، المصدر السابق، ص (٣٠٧)؛ والمصادر السابقة.

(٢) الأستاذ أحمد إبراهيم، المصدر السابق، ص (٥٠)؛ الدكتور أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص (٣٠٨)؛ والأستاذ مدكور، المدخل، ص (٥٩٠) والمصادر السابقة.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٩٩ ـ ٣٠٩)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣٣٦٠٠٠).

(٤) المراد بالوصف الشرعي للعقد هنا هو إقرار الشارع له، أو عدم إقراره، وفي حالة إقراره ترتيب الآثار عليه.

=

الجمهور، والحنفية، فالحنفية - على الرأي الغالب قسموه إلى ثلاثة أقسام: صحيح، وفاسد، وباطل(١) وقسمه بعضهم - منهم العيني(٢) وصاحب الفتاوى الهندية(٣)، وداماد أفندي(٤) - إلى أربعة أقسام حيث قالوا: إنَّ العقد إذا أفاد الحكم في الحال فنافذ، وإن لم يفده في الحال بل عند الإجازة فموقوف، وإن لم يفده في الحال، ولا عند الإجازة ولكن عند القبض ففاسد، وإن لم يفده أصلاً فباطل، فعلى ضوء هذا يكون الموقوف قسماً مستقلاً في حين على ضوء رأي جمهور الحنفية أنَّ الموقوف نوع من العقد الصحيح فيكون قسيماً للعقد النافذ، وهذا هو الراجح، لأنَّ العقد الصحيح هو العقد الذي صدر من أهله مضافاً إلى محله، وسلم من خلل في ركنه، وفي وصفه، ثمَّ إن ترتب عليه الأثر مباشرة يسمى نافذاً، وإن احتاج إلى الإجازة فموقوف(٥) ومما يدعم رأي هؤلاء أنَّ المخالفين اتفقوا مع جمهور الحنفية في أنَّ العقد الموقوف لا يسمى باطلاً ولا فاسداً(٦).

هذا وقد وافق جمهور الحنفية في مسلكهم هذا المالكيةُ(٧) والشافعيُّ في قول(٨)، وأحمد في رواية(٩) حيث عدوا الموقوف من أقسام الصحيح فقد ذكر

= انظر: شرحي الأسنوي والبدخشي على المنهاج (١/٥٩)؛ والشيخ أحمد إبراهيم، الالتزامات، ص (١٨١)؛ والأستاذ عبد السلام مدكور، المدخل، ص (٥٩٣)؛ وأستاذنا الدكتور محمد مصطفى شحاتة، ص (٣٤)؛ وأستاذنا الدكتور عبد العظيم شرف الدين، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث والقانون، ط: الهيئة العامة للكتاب ص (٢٠٤).

(١) فتح القدير مع شرح العناية (٥/٩٨٥)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المحتار (٤/٥٠٣)؛ والبحر الرائق (٥/٢٧٧).

(٢) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق مخطوطة ص (٣٤٧).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/٣).

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/٤).

(٥) فتح القدير (٥/١٨٤)؛ ورد المحتار على الدر المختار (٤/٥٠٣).

(٦) أستاذنا الشيخ العدوي، المرجع السابق، ص (١٧٢)، والمصادر السابقة.

(٧) المواهب الجليل للحطاب (٤/٢٤٥).

(٨) فتح العزيز شرح الوجيز (٨/١٢١ - ١٢٤)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٠)؛ والمجموع للنووي (٩/٢٦١ - ٢٦٣)؛ والمنثور في القواعد (٣/٣٤٧).

(٩) المغني لابن قدامة (٤/٢٢٦).

الرافعي[1] أن أصل وقف العقود ثلاث مسائل:

إحداها: بيع الفضولي وفيه قولان أصحهما ـ وهو المنصوص في الجديد ـ أنَّه باطل، والثاني: أنَّه موقوف إن أجازه المالك أو المشتري نفذ، وإلاَّ بطل.

الثانية: إذا غصب أموالاً، ثمَّ باعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى، وفيه قولان للشافعي أصحهما بطلان الكل، والثاني أنَّ للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل عنها.

الثالثة: إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي وأنَّ البائع فضولي فكان ميتاً في حالة العقد، وفيه قولان: أصحهما: صحة البيع لمصادفته ملكه، والثاني: المنع، لأنَّه لم يقصد قطع الملك.

وذكر إمام الحرمين أنَّ الوقف يطرد في كل عقد يقبل الاستنابة كالمبايعات، والإجارات والهبات، والعتق، والطلاق، والنكاح وغيرها[2].

وعلَّق الزركشي والسيوطي على هذه المسائل الثلاث فذكرا أنَّه يستخلص منها أنَّ الوقف نوعان: وقف تبيين، ووقف انعقاد، حيث إنَّ الوقف في المسألة الثالثة للتبيين، لأنَّ العقد في نفسه إما صحيح وهو ما إذا كان الأب قد توفي، أو باطل وهو ما إذا كان لا يزال حياً وقت العقد. وأمَّا العقد في المسألتين الأوليين فمنعقد على أحد القولين غير أنَّ الصحة أو نفوذ الملك موقوفان على الإجازة[3] بل ذكر إمام الحرمين أنَّ الصحة ناجزة على قول الوقف، لكنَّ الملك لا يحصل إلاَّ عند الإجازة[4] وذكر السيوطي بعض أنواع أخرى يعتبر العقد فيها موقوفاً على إجازة المرتهن على أحد قولي الشافعي. منها: تصرف الراهن في المرهون بما يزيل الملك كبيع وهبة، أو بما يقلل الرغبة كالتزويج غير أنَّ السيوطي رجح القول بالوقف، لأنَّه أولى من القول ببيع الفضولي، وذلك لوجود الملك المقتضي لصحة التصرف في الجملة[5] ومنها تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور عليه فيه بغير إذن الغرباء حيث ذهب الكثيرون من الشافعية إلى أنَّه عقد موقوف.

---

(١) فتح العزيز في شرح الوجيز (٨/١٢١ ـ ١٢٤).
(٢) فتح العزيز (٨/١٢٤).
(٣) المنثور في القواعد (٣/٣٤١)؛ والأشباه والنظائر ص (٣١١).
(٤) فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع (٨/١٢٤).
(٥) الأشباه للسيوطي ص (٣١١).

ومنها تصرف المريض بالمحاباة فيما زاد على الثلث حيث إنَّ الصحيح وقفه على الوارث إن أجازه صح، وإلَّا بطل(١).

وكذلك عند المالكية حيث أنَّ تصرف الفضولي موقوف على إجازة مالكه وكذلك بيع الراهن المرهون موقوف على رضا مرتهنه(٢) ولا يختلف الأمر كذلك عند الحنابلة حيث قالوا إنَّ تصرفات الوكيل إذا خالف فيها موكله موقوفة على إجازته(٣).

فعلى ضوء ما سبق أنَّ استعمال العقد الموقوف كمصطلح له مدلوله الخاص ليس خاصاً بالحنفية بل هو وارد وشائع عند الجمهور.

وبالإضافة إلى تقسيم الصحيح إلى نافذ وموقوف فإنَّه ينقسم أيضاً إلى لازم وغير لازم، مع ملاحظة أنَّ الأصل في العقود في الفقه الإسلامي هو الصحة واللزوم، أمَّا غير اللزوم فهو استثناء لا يقر إلَّا حسب مقتضى العقد نفسه(٤) يقول الإمام القرافي: «اعلم أن الأصل في العقد اللزوم، لأنَّ العقد إنَّما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود» ثمَّ ذكر بأنَّ عدم اللزوم في بعض العقود تستلزمه مصلحة أو ضرورة(٥).

ثمَّ إنَّ العقد اللازم، منه ما لا يقبل الفسخ قطعاً كالطلاق والخلع، وكالنكاح عند الحنفية(٦) ومنه ما يقبل الفسخ كالبيع، والسلم، والإجارة ونحوها ومعنى عدم قبول هذه

---

(١) المنثور في القواعد (٣/٣٤٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١١).

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١١ - ١٢).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/٢٢٦).

(٤) انظر فتح القدير (٥/٧٤، ١٨٢)؛ الفتاوى الهندية (٣/٣٠٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦)، وتهذيب الفروق بهامش الفروق، ط. دار المعرفة (٤/٣١)؛ والمنثور في القواعد (٢/٣٩٨)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٠٠).

(٥) الفروق للقرافي، ط. دار المعرفة بيروت (٢/١٣).

(٦) انظر بدائع الصنائع (٣/١٥٥٣ - ١٥٦٣).

وذهب جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم - إلى أنَّ النكاح عقد يقبل الفسخ وذلك عند وجود أحد العيوب الموجبة للفسخ كالجب والعنة في الزوج، والرتق ونحوه في الزوجة، وكبعض الأمراض الخطيرة السارية كالجذام والبرص.

انظر تفصيل ذلك في القوانين الفقهية لابن جزي ص (١٨٥)؛ والغاية القصوى (٢/٧٤١ - ٧٤٣)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٦٥١ - ٦٨٧).

العقود للفسخ أنها إذا انعقدت لم يستقل أحد العاقدين بفسخها. وأما معنى قبولها للفسخ فهو أنَّ للعاقدين هذا الحق إذا ما تراضيا، ويكون الفسخ حينئذٍ ليس للعقد، لأنَّ الشيء لا يرفع بعد وقوعه، وإنما يكون بالنسبة لآثاره. وأمَّا العقود غير اللازمة فمنها ما هو غير لازم للطرفين مثل الوكالة ونحوها، ومنها ما هو غير لازم لأحدهما مثل الرهن فهو لازم من جهة الراهن، وغير لازم من جهة المرتهن[1].

هذا كله أقسام العقد الصحيح، وأمَّا غير الصحيح فقد قسَّمه الحنفية إلى نوعين: باطل، وفاسد فيكون تقسيم العقد عندهم ثلاثياً: الصحيح الذي يترتب عليه الآثار، أو بعبارة أخرى: المشروع ذاتاً ووصفاً (المجلة المادة ١٠٨). والباطل الذي لا يترتب عليه الآثار وبعبارة أخرى: هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه. والفاسد الذي شرع بأصله دون وصفه[2].

هذا هو مسلك الحنفية في هذا التقسيم باعتبار وصفه الشرعي، وأمَّا الجمهور فلم يرتض به بل حصروا تقسيمه بهذا الاعتبار في الصحيح، وغير الصحيح الذي هو الباطل والفاسد فجعلوهما مترادفين. ونحن هنا نذكر محل النزاع وأدلة الفريقين بإيجاز شديد، ومدى صحة ترادف الباطل والفاسد عند الجمهور.

أولاً: تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفريقين[3] في أنَّ المراد بالصحة في العقود هو ترتب الأثر عليها، وبالبطلان عدم ترتبه عليها، وبعبارة أخرى: كل عقد إذا أصبح سبباً لترتب الأثر عليه ـ

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط. الأميرية بالقاهرة (١٢٥/٢)؛ والفتاوى الهندية (٣/٢ ـ ٣)؛ والأشباه لابن نجيم ص (١٣٤)؛ والفروق للقرافي (١٣/٤)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٣٩٨/٢)؛ والأشباه للسيوطي (٣٠٠).

(٢) بدائع الصنائع (١٥٤٤/٣، ١٥٥٣)؛ وفتح القدير (١٨٥/٥)؛ وتيسير التحرير، ط. مصطفى الحلبي (٢٣٤/٢).

(٣) راجع في تفصيل ذلك: تيسير التحرير لأمير باد شاه على التحرير لابن الهمام (٢٣٤/٢)؛ والتوضيح على التلويح (٢١٨/١)؛ والمنتهى لابن الحاجب، ط. مطبعة السعادة ١٣٢٦ هـ ص (٧٣)؛ والمستصفى للغزالي، ط. الأميرية ١٣٢٢ هـ (٩٤/١ ـ ٩٥)؛ والإبهاج في شرح المنهاج ط. الكليات الأزهرية ١٩٨١ م (٦٨/١ ـ ٧١)؛ والأحكام للآمدي، ط. محمد علي صبيح ١٩٦٨ م (١٠٠/١)؛ ومنتهى السول للآمدي، ط. محمد علي صبيح (٣٢/١)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٣٠٣/٢)؛ والتمهيد للأسنوي، ط. مؤسسة الرسالة ص (٥٩)؛ وتخريج الفروع للزنجاني، ط. جامعة دمشق ص (٧٦).

وذلك بتحقق أركانه وشروطه ـ يكون صحيحاً، وإن لم يصبح سبباً لذلك ـ وذلك بأن يتخلف ركن من أركانه ـ يكون باطلاً فالجمهور من حيث المبدأ لم ينظروا إلى هذا الموضوع إلاَّ بهذا الاعتبار قال الإمام الغزالي: «فكل سبب منصوب لحكم ـ كالعقد ـ إذا أقام حكمه المقصود منه يقال: إنَّه صح، وإن تخلف عنه مقصوده يقال: إنَّه بطل فالباطل هو الذي لا يثمر، لأنَّ السبب مطلوب لثمرته، والصحيح هو الذي أثمر»(١) غير أنَّ الحنفية وضعوا منزلة بين المنزلتين وهو كون العقد لا يترتب عليه الأثر من حيث هو لكنه يصلح لترتبه عليه إذا اتَّصل بالقبض، وسموه بالفاسد.

ومن جهة ثانية رأوا أنَّ المساواة بين عقد كان الخلل في أركانه أو في شروط انعقاده، وعقد كان الخلل في غير أركانه أمر غير دقيق في نظرهم، كما أنَّ الفرق بين ما ثبتت حرمته بدليل قطعي، وما ثبتت بدليل ظني أمر معقول يؤيده العقل، ويسنده حتى واقع آراء غيرهم من الأئمة حيث اتفقوا على أنَّ من أنكر شيئاً ثبت بدليل قطعي يكون كافراً في حين أن من أنكر شيئاً ثابتاً بدليل ظني لا يحكم بكفره(٢) وكذلك المساواة بين ما نهى لذاته، وما نهى لغير ذاته أمر غير جدير بالقبول. ولكل هذه الاعتبارات أبقوا الباطل لما كان الخلل في أصله، لأنَّ ذلك متفق عليه، وأطلقوا الفاسد(٣) على ما هو أخف منه وهو ما كان الخلل في وصفه، وحكموا بأنَّ العقد الباطل ليس له وجود شرعي ولا يترتب عليه أثر، بل هو في حكم العدم، وأمَّا الفاسد فهو عقد منعقد، وإن كان عقداً ممنوعاً أمر الشارع برفعه وفسخه إن لم يتعذر، غير أنَّه إذا نفَّذه العاقدان وتمَّ القبض رتب الشارع عليه بعض الأحكام الشرعية مثل انتقال الملكية من البائع إلى المشتري في البيع مثلاً، وحتى مع تحقق القبض يظل حق الفسخ واجباً في الشرع لإزالة الفساد إلى أن يتعذر ذلك، وأمَّا الإثم فيبقى على العاقدين في كل الأحوال ما داما لم يفسخا، فعلى هذا لا خلاف بين الفريقين في حرمة مباشرة البيع الفاسد، كما أنَّه لا خلاف بينهم في أنَّ الباطل والفاسد مترادفان في العبادات(٤).

---

(١) المستصفى (١/٩٤ ـ ٩٥)؛ وتحقيق المراد للعلائي، ط. دمشق ص (٧٠).

(٢) المصادر السابقة وتخريج الفروع للزنجاني ص (٧٧).

(٣) وقد استند الحنفية في اختيار الباطل إسماً لما هو غير مشروع بأصله ووصفه والفاسد لما هو مشروع بأصله دون وصفه، دون العكس على اللغة حيث يقال: «لؤلؤة فاسدة» إذا بقي أصلها وذهب بياضها ولمعانها، ولحم فاسد إذا نتن ولكن بقي صالحاً للغذاء ولو قيل: لحم باطل فكان يقصد به أنَّه صار بحيث لم تبق له صلاحية للغذاء.

انظر: فتح القدير (٥/١٨٥)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٣٦).

(٤) انظر: الفصول للأستروشني مخطوطة مكتبة السليمانية بتركيا رقم ٢٩٧/٥٢٨ ـ ٤ ورقة (٢٥٤) =

وأمَّا في النكاح فقد صرَّح بعض الحنفية بأنَّه لا فرق بين باطله وفاسده قال ابن الهمام: «لا فرق بين الباطل والفاسد في النكاح بخلاف البيع»[1]. وقال الكاساني: «... والأصل فيه أنَّ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة»[2] ولهذا نرى المرغيناني وغيره يستعمل الباطل في النكاح مكان الفاسد وبالعكس[3] وقد علَّل الكاساني وغيره ذلك بأنَّ محل النكاح ـ أي حكمه وهو الملك ـ ينعدم بمجرد الفساد، لأنَّ الأصل في البضع هو الحرمة فلا يثبت الحل إلَّا بنكاح صحيح بخلاف الأموال التي يمكن أن يثبت بعض أحكامها بالقبض[4].

والذي يظهر لي أنَّ السبب في أنَّ الحنفية لم يفرقوا ـ على رأي هذا البعض ـ بين الفاسد والباطل في النكاح مع أنَّهم فرقوا بينهما في العقود المالية يعود إلى أنَّ النكاح يتعلق بالإنسان، وهو لا يحل لغيره بمجرد رضاه أي أنَّه ليس ملكاً لنفسه، فلا يتصرف فيه إلَّا في حدود ما رسمه الشارع فقط فما عداه يكون لاغياً، وأمَّا الأموال فهي قد منحها الله تعالى للإنسان وأناط حلها برضاه، فإذا ما حصل الرضا بالإيجاب والقبول من أهله فقد انعقد العقد في الظاهر غير أنَّه إذا صاحبه وصف غير مشروع ومخالفة لتوجيه شرعي ـ في ظاهره تقييد لإرادته وفي الحقيقة لمصلحته ـ يبقى أصل الانعقاد بناء على الرضا الذي هو الأساس في نقل الملكية ونحوه لكنه لا يؤثر بذاته رعاية لنهي الشارع عنه، فإذا ما خطا العاقدان خطوة أخرى وقاما بتسليم المعقود عليه وتمَّ القبض فقد ترتب عليه نقل الملكية، أو نقل المنفعة بناء على هذه الحرية التي منحهما الله تعالى إياها في الأموال دون غيرها كالأبضاع، ولذلك نرى الحنفية أنفسهم على الرغم من إطلاقهم العقد الفاسد على بيع المكره ونحوه لكنهم مع ذلك لا يقولون بأنَّ المعقود عليه يتملك بالقبض ولو توالت عليه الأيدي، فلا يصححه إلَّا الإجازة[5] وما ذلك إلَّا لاعتبار الرضا أساساً في نقل الأموال أو الانتفاع بها، وأنَّ مناط انعقاد العقد في الأموال وترتب الأثر الظاهر عليه هو رضا الطرفين في حين أنَّ مناط انعقاد العقد في النكاح ليس رضاه فحسب بل رضا الشارع أيضاً، بل هو الأساس فإذا خالف العاقد أوامر الشارع بخصوص النكاح أو نواهيه فإنَّ العقد في الحقيقة لم يجد أساساً ليقف

= الفصل الخامس والعشرون؛ وجامع الفصولين (٣٦/٢) وتيسير التحرير (٢٣٦/٢).

(١) فتح القدير (٣٨٢/٢)؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٦٣/١).

(٢) بدائع الصنائع (١٥٥٣/٣).

(٣) الهداية شرحه فتح القدير (٣٨٢/٢).

(٤) بدائع الصنائع (١٥٥٣/٣).

(٥) بدائع الصنائع (٤٥٠٦/٩)؛ وتكملة فتح القدير (٢٩٥/٧).

عليه حتى ينعقد، لأنَّ الأصل في البضع الحرمة وعدم التصرف فيه.

ثمَّ إنَّ هؤلاء الذين لم يفرقوا بين الباطل والفاسد في النكاح قد برروا موقفهم بأنَّ العقد الفاسد كالباطل في أنَّه لا يترتب عليه أي أثر في الحقيقة، لأنَّ الأثر الحقيقي للنكاح هو حل الاستمتاع للتوالد، والتناسل وهذا ما لا يثبت بالفاسد كما لا يثبت بالباطل(١).

وهنا يثور سؤال: إذا كان العقد الفاسد لا يترتب عليه أي أثر فماذا تفعل بأقوال الحنفية في أنَّ العقد الفاسد يترتب عليه بعد الدخول بعض الآثار كالمهر، والعدة، وثبوت النسب، وسقوط الحد(٢). للإجابة عن ذلك قالوا: إنَّ العقد الفاسد لا يترتب عليه باعتباره عقداً أيُّ أثر بدليل أنَّه إذا لم يتم الدخول فلا يترتب عليه المهر، أو العدة، فيما لو مات عنها، ومن جانب آخر أنَّ العقد الفاسد لا يوجب النفقة حالة العقد، وفي حالة العدة عنه بعد الدخول، كما أنَّ العقد الفاسد لا يكون سبباً لحرمة المصاهرة إلَّا بعد الدخول بخلاف الصحيح(٣) وأمَّا ترتب تلك الآثار بعد الدخول فلا يعود إلى العقد نفسه بل إلى الدخول الذي حصل بعده فإسقاط الحد للشبهة التي أحدثها العقد، وإثبات المهر لأنَّه لا وطء في الإسلام إلا يوجب الحد، أو المهر فإذا سقط الحد بالشبهة وجب المهر، ولذلك لا يعتد بما سموه في العقد بل يجب الأقل من المسمى ومن مهر مثلها، وأما ثبوت النسب فرحمة من الشارع ورعاية منه لئلّا يضيع المولود قال الكاساني: «إنَّ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله أعني محل حكمه وهو الملك، لأنَّ الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء، والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك، لأنَّ الحرية خلوص والملك ينافي الخلوص... إلَّا أنَّ الشرع أسقط اعتبار النافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد، وصيانة مائه عن الضياع بإثبات النسب ووجوب العدَّة، وصيانة المحترم عن الاستعمال من غير غرامة، ولا عقوبة... توجب المهر فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقداً قبله»(٤).

---

(١) حاشية الأزميري على المرآة (١/٣٢٧ - ٣٢٨).

(٢) بدائع الصنائع (٣/١٥٥٣) والفصول للأستروشني مخطوطة ورقة (٢٥٤) وجامع الفصولين (٢/٣٣ - ٣٤).

(٣) المصادر السابقة أنفسها.

(٤) بدائع الصنائع (٣/١٥٥٣).

ومن جهة أخرى أنَّ هذه الآثار تترتب على العقد الباطل نفسه إذا تمَّ الدخول بها بعده(١).

وذهب بعض آخر من الحنفية إلى وجود التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد حتى في النكاح قال الأستروشني: «ومنها نكاح المحارم باطل أو فاسد؟ اختلفت المشائخ فيه قال بعضهم: باطل وإنَّما يسقط الحد لشبهة الاشتباه(٢). وقال بعضهم فاسد، وإنَّما يسقط الحد لشبهة العقد»(٣) فهذا النص صريح في إثبات الفرق بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل.

وهكذا ذكر هذا الخلاف بهذا الإطلاق في بعض كتب المتأخرين(٤) وتبعهم الكتاب المحدِّثون(٥) مع أنَّ الذي يظهر لي بعد مراجعة جلَّ كتبهم هو أنَّ الخلاف ليس بهذا الإطلاق وإنَّما الرأيان منبثقان من خلاف بين أبي حنيفة من جهة، وبين صاحبيه من جهة أخرى فالصاحبان فرقا بين الباطل والفاسد حتى في النكاح في حين أنَّ أبا حنيفة لم يفرق بينهما فيه فأبو حنيفة قال بترتيب بعض آثار العقد الفاسد بعد الدخول

---

(١) المصادر السابقة نفسها.

(٢) عند الحنفية أنَّ الحد يسقط بشبهة العقد وشبهة الاشتباه وشبهة في المحل. فالأولى: تتحقق بوجود عقد كأن يعقد النكاح على أمة على حرة ودخل بها هذا بالاتفاق، أو أن يعقد العقد على إحدى المحارم فهذا يورث الشبهة عند أبي حنيفة خلافاً لجماهير العلماء. والثانية: تتحقق في حق من اشتبه عليه، لأنَّ معناه أن يظن غير الدليل دليلاً، ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه وتسمى هذه الشبهة أيضاً بشبهة الفعل. والثالثة: تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته كمن وطىء جارية ابنه.

انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير وشرح العناية على الهداية (٤/١٤٠ - ١٤٩)؛ والبحر الرائق (٥/١٢)؛ ورد المحتار على الدر المختار (٤/١٩ - ٢٣).

(٣) الفصول للأستروشني مخطوطة تركيا ورقة (٢٥٣ ب) وجامع الفصولين (٢/٣٤)؛ وحاشية الأزميري على المرآة (١/٣٢٨)؛ والفتاوي البزازية المطبوعة بهامش الفتاوي الهندية، ط. بولاق مصر (٤/١٤٤).

(٤) فتح القدير (٢/٣٨٢).

(٥) انظر: الأستاذ أحمد إبراهيم، الالتزامات، ص (١٨٤)؛ والشيخ أبا زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص(٤٠٩)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات، ص (١٣٩)؛ وأستاذنا الشيخ العدوي، المرجع السابق، ص (١٦٢)؛ والدكتور صبحي محمصاني، النظرية العامة لموجبات والعقود، ط. مكتبة الكشاف ١٩٤٨ (٢/١٢ - ١٣) وغيرهم.

على العقد الباطل من غير تفرقة بين ما ثبت النهي بدليل قطعي، وما ثبت بدليل ظني وأمَّا الصاحبان فلم يرتبا هذه الآثار على العقد الباطل بعد الدخول، في حين رتباها على العقد الفاسد بعد الدخول، قال المرغيناني وغيره: «ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجب عقوبة إذا كان قد علم بذلك، وقال أبو يوسف ومحمد ـ وهو مذهب الجمهور[1]: عليه الحد إذا كان عالماً بذلك، لأنَّه عقد لم يصادف محله فيلغو، كما إذا أضيف إلى الذكور، وهذا لأنَّ محل التصرف ما يكون محلاً لحكمه، وحكمه الحل، وهي من المحرمات. ولأبي حنيفة أنَّ العقد صادف محله، لأنَّ محل التصرف ما يقبل مقصوده، والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود، وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام إلَّا أنَّه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة»[2] فهذا النص صريح في الدلالة على ما قلنا وعلى أنَّ أبا حنيفة نظر في الفاسد، أو الباطل من النكاح إلى أنَّ الحل لا يثبت بالباطل ولا بالفاسد، وأمَّا هذه الآثار فهي تترتب على الباطل كما تترتب على الفاسد لوجود شبهة العقد في الحالتين، وأمَّا الصاحبان فقد نظرا إلى المحل فوجدا أنَّه غير قابل لوقوع العقد عليه فحكما عليه بالباطل لأنَّه عقد فقد ركنه وهو المحل، ولا يخفى أنَّ المفقود شرعاً كالمفقود حقيقة ولا سيما في الشرعيات، فهذا النص صريح في أنَّ العقد لو صادف محله بأن لم تكن المرأة محرمة على العاقد لكنه وجد فيه وصف غير مشروع لسبب آخر كان العقد فاسداً وترتب عليه بعض الآثار بعد الدخول كسقوط الحد، وثبوت النسب، والعدة[3].

ثمَّ إنَّ قول بعض الحنفية: إنَّ العقد الفاسد من النكاح لا يترتب عليه أي أثر كالعقد الباطل مسلم إن أرادوا به أثره الشرعي الخاص بحل الاستمتاع لكنه لا يمكن التسليم به إن أرادوا الأثر على الإطلاق، لأنَّه مما لا يمكن إنكاره أنَّ النكاح الفاسد إذا اتَّصل به الدخول يترتب عليه سقوط الحد، وثبوت المهر، والنسب، والعدة ولولا هذا العقد الفاسد لما كان يترتب عليه كل هذه الآثار.

---

(١) انظر الشرح الكبير مع الدسوقي (٣١٤/٤)؛ والغاية القصوى (٩٢٣/٢)؛ والمغني لابن قدامة (١٨٣/٨).

(٢) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (١٤٧/٢ ـ ١٤٨)؛ وبدائع الصنائع (٤١٥٤/٩)؛ والبحر الرائق (١٦/٥)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٢٣/٤)؛ والفتاوي البزازية بهامش الفتاوي الهندية (٢٢٨/٦)؛ ومعين الحكام للطرابلسي، ط. مصطفى الحلبي ١٩٧٣ (١٨٧/١).

(٣) المصادر السابقة.

فمهما يكن من تكييف فقهي في تأويل ذلك فلن يغير من الواقع شيئاً من أنَّ العقد الفاسد بعد الدخول ـ عند الحنفية ـ قد ترتبت عليه هذه الآثار وأنَّ الدخول بها لو كان بدون هذا العقد كان يوجب الحد، ولا يثبت المهر ولا النسب بالاتفاق[1].

ولقد اعترف المتأخرون من الحنفية بأنَّ العقد الفاسد منعقد مع قولهم بأنَّ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، يقول الكاساني: «... والأصل فيه أنَّ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله...»[2] ثمَّ قال بعد عدَّة أسطر «فجعل الشارعُ الفاسدَ منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة وهي حاجة الناكح إلى درء الحد وصيانة مائه...»[3] وقال أيضاً: «إنَّ النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش»[4] وقال ابن قاضي سماونه بعد أن ذكر بعض المسائل الفقهية المترتبة على العقد الفاسد: «وهذا دليل على أنَّ الفراش في الفاسد ينعقد بنفس العقد»[5] ومن جهة أخرى أنَّ التكييف الفقهي والتبرير النظري لما يترتب على النكاح الفاسد أو الباطل مختلفان حتى عند الذين لم يفرقوا بينهما من الحنفية حيث كيفوا الآثار التي تترتب على العقد الفاسد باعتبارها ناتجة من شبهة العقد وكيفوا الآثار التي تترتب على الباطل باعتبارها ناتجة من شبهة الاشتباه، قال ابن قاضي سماونه: «ونكاح المحارم قيل: باطل، وسقط الحد، لشبهة الاشتباه وقيل: فاسد وسقط الحد، لشبهة العقد»[6].

ثمَّ إنَّ قواعد الحنفية تقتضي التفرقة بين ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني ـ حتى في باب النكاح كما هو الشأن في الفرض والواجب ـ وهذا ما يؤكده هنا بعض نصوص الحنفية يقول الأزميري نقلاً عن النهاية «... فظهر أنَّ كل نكاح ورد فيه التحريم كنكاح المحارم، ونكاح المتعة، والمؤقت وغيرها باطل، وإنَّما عبَّروا عن بعضها بالفاسد إشارة إلى الفرق بين المختلف فيه في صحته وفساده وبين المتفق على بطلانه فعبروا عن الخلافية بالفساد، وعن الاتفاقية بالباطل»[7].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) بدائع الصنائع (٣/١٥٥٣ ـ ١٥٥٤).

(٣) المصدر السابق (٣/١٥٥٤).

(٤) المصدر السابق (٣/١٥٥٥).

(٥) جامع الفصولين (٢/٣٤).

(٦) جامع الفصولين (٢/٣٤)؛ والفصول للأستروشني مخطوطة تركيا ورقة (٢٥٤).

(٧) حاشية الأزميري على المرآة (١/٣٢٧ ـ ٣٢٨).

والخلاصة: إذا كان المراد بأنّه لا فرق بين الفاسد والباطل في النكاح من حيث أنَّ كليهما لا يؤديان إلى حل المعقود فهذا مسلم لكنه يرد عليه أنَّ الحنفية أنفسهم قد قالوا بأنَّ البيع الفاسد، والبيع الباطل سواء من حيث الإثم، وأن رفع كل منهما واجب، إذن فلا يبقى فرق بين البيع والنكاح من هذه الناحية. وإن أرادوا بعدم الفرق بينهما من حيث الآثار الظاهرة فهذا غير مسلم، فإنَّ النكاح الفاسد بعد الدخول قد ترتب عليه كل هذه الآثار ـ كما سبق ـ في حين لا يترتب أي أثر على النكاح الباطل عند الصاحبين، غير أنَّ عدم التفرقة بين النكاح الباطل والفاسد مسلم من حيث ترتب بعض الآثار عليهما أيضاً على ضوء رأي الإمام أبي حنيفة.

هذا هو مسلك الحنفية في تقسيمهم الثلاثي للعقد باعتبار أثره الشرعي، حيث قالوا بوجود منزلة تقف وسطاً بين منزلتي الصحيح، والباطل فلا هي ترقى إلى درجة الصحيح الذي تحققت أركانه وشروطه سليمة عن الخلل وترتب عليه الأثر مطلقاً ـ قبل القبض وبعده ـ ولا هي تنزل إلى درجة الباطل الذي هو كالمعدوم لا يترتب عليه أي أثر مطلقاً، لانعدام أركانه، وإنَّما ينعقد العقد لوجود أصله وأركانه لكن الآثار لا تترتب عليه مباشرة لوجود خلل في أوصافه، فذلك هو العقد الفاسد.

وأمَّا جمهور الفقهاء فلم يوافقوا ـ من حيث المبدأ ـ على هذا التقسيم الثلاثي، بل جعلوا الباطل والفاسد مترادفين ولم يرتبوا عليهما أي أثر من آثار العقد[1].

ومنشأ هذا الخلاف يعود إلى أصل من أصول فقه الطرفين اختلفا فيه[2] وهو أنَّ النهي هل يقتضي فساد المنهي عنه مطلقاً أم فيه تفصيل؟.

---

(١) يراجع: بداية المجتهد (٢/١٩٣)؛ والمجموع للنووي (٩/٣٦٧-٣٦٩)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٢٥٢).

(٢) راجع في تفصيل هذه المسألة: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفي، ط. دار صادر لبنان (١/٣٩٦ ـ ٤٠٥)؛ والتلويح على التوضيح (١/٤١٤٠٠)؛ وتيسير التحرير (١/٣٧٦)؛ وفتح الغفار بشرح المنار، ط. مصطفى الحلبي (١/٧٧)؛ والمنتهى لابن الحاجب ص (٧٣)؛ والبرهام لإمام الحرمين، ط. القطر (١/٢٨٣)؛ والتمهيد للأسنوي ص (٢٩٢)؛ والمستصفى للغزالي (٢/٢٤)؛ والمنخول، ط. دار الفكر بيروت ص (١٢٦)؛ والأحكام للآمدي (٢/٤٨)؛ وشرح الأسنوي مع البدخشي على المنهاج للبيضاوي (١/٥٨)؛ والإبهاج على المنهاج، ط. الكليات الأزهرية ١٩٨١ (٢/٦٧ ـ ٦٩)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٣/٢١، ٣/٣)؛ وتخريج الفروع للزنجاني (٢/٨٢)؛ وبداية المجتهد (٢/١٦٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٢٣٩)؛ وشرح النيل لابن أطفيش، ط. دار التراث العربي، ومكتبة الإرشاد (١/٥٠٦)؛ =

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، والظاهرية، والاباضية إلى أنَّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه سواء كان النهي لذات المنهي عنه كالنهي عن بيع الملاقيح، أو لوصف لازم له كالبيع بالشرط وبيع درهم بدرهمين، وأمَّا النهي عن شيء لوصف غير ملازم له كالنهي عن البيع وقت الأذان للجمعة فلا يوجب فساده إلَّا عند الحنابلة، والظاهرة والاباضية[1].

وذهب الحنفية إلى أنَّ النهي عن الشرعيات ـ عند عدم قرينة دالة على أنَّ النهي لمعنى في ذات المنهي عنه أو لغيره ـ لا يدل على أنَّ المنهي عنه بذاته غير مشروع، بل ينسحب على معنى لغيره فيكون الأصل مشروعاً والفساد في الوصف فقط، وكذلك الأمر إذا دلَّت القرينة على أنَّ النهي لوصف ولو كان لازماً للمنهي عنه لا يحكم بفساد الأصل، بل يقف النهي عند الوصف اللازم فيكون هو غير مشروع فقط دون الأصل، أما إذا وجدت قرينة على أنَّ النهي كان لذات المنهي عنه فيدل على بطلانه بالاتفاق[2].

وقد احتج الفريقان بأدلة نوجزها فيما يلي:

فقد استدل الجمهور بالمنقول والمعقول:

أمَّا المنقول فقوله ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» و«من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»[3] وجه الاستدلال به هو أنَّ العقد الفاسد مردود وباطل ولا يترتب عليه شيء لأنَّه خلاف ما أمر به الشرع.

وأيضاً أنَّ السلف الصالح فهموا من المناهي الفساد ففهموا فساد الربا من قوله تعالى: ﴿وذروا ما بقي من الربا﴾[4] وقوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾[5] وقوله تعالى: ﴿لا

= والمحلى لابن حزم (٩/١٨ ـ ٤١٨).

ويراجع: تحقيق المراد في أنَّ النهي يقتضي الفساد للحافظ العلائي، (٧٦١هـ) ط. مطبعة زيد بن ثابت بدمشق ص (٦٦) وما بعدها.

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) فواتح الرحموت (١/٣٩٦ ـ ٤٠٥) والمصادر السابقة.

(٣) الحديث صحيح متفق عليه رواه البخاري في صحيحه كتاب الصلح مع شرحه فتح الباري ـ (٥/٣٠١) وكتاب البيوع (٤/٣٥٥) وكتاب الاعتصام (١٣/٣١٧)؛ ومسلم في صحيحه كتاب الأقضية (٣/١٣٤٣).

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٧٨.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾[1] وقد احتج ابن عمر في فساد نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا المشركات حتى يؤمن﴾[2].

قال الشافعيُّ: «فأما إذا عقد بهذه الأشياء كان النكاح مفسوخاً بنهي الله في كتابه وعلى لسان نبيه عن النكاح بحالات نهى عنها فذلك مفسوخ»[3].

وأمَّا المعقول فهو أولاً: أنَّ المنهي عنه مطلقاً قبيح ومعصية فكيف يكون مشروعاً، وبعبارة أخرى كيف تترتب الأحكام على شيء نهى عنه الشرع لأنَّ المنهي عنه شرعاً في حكم العدم، فحكمة النهي تقتضي قبح المنهي عنه، فإنَّ الحكيم إنَّما ينهى عن الفحشاء والمنكر[4].

وثانياً: أنَّ النهي لا يرد من الشارع في البيع، والنكاح إلَّا لبيان خروجه عن كونه مشروعاً، وعن قابليته لأن يكون مملكاً[5].

واستدلَّ الحنفية وبعض الأصوليين من الشافعية كالغزالي وغيره بأنَّ النهي لا يدل على فساد المنهي عنه لا لغة لأنَّه ليس من معاني النهي بطلان المنهي عنه[6]، ولا شرعاً إلَّا إذا كانت هناك قرينة تدل على ذلك فحينئذٍ يحكم بها، لأنَّ الشرع وضع النهي للتحريم أو للكف، والترك وأمَّا فساد المنهي عنه فشيء آخر غيره، وقد أوضح الحنفية موقفهم بأنَّ النهي إذا تعلَّق بالأصل ـ كأركان العقد مثلاً ـ دلَّ على فساده وبطلانه كبيع المجنون، فمتى وجدت أركان العقد سليمة عن النهي فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعاً سالمة عن النهي فيكون النهي إنَّما تعلق بأمر خارج عنها فمثلاً إذا باع رشيد عن رشيد درهماً بدرهمين فالأركان الأربعة موجودة وسالمة عن النهي الشرعي لكن المنهي عنه فيه هو الربا الموجود فيه حيث حصل وصف لأحد العوضين وهو

---

(١) سورة آل عمران: الآية ١٣٠.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢١. وراجع الأحكام للشافعي (١/١٨٦)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٧/١٧٠ ـ ١٧٣)؛ والمستصفى (٢/٢٦).

(٣) الرسالة للإمام الشافعي، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، ط. دار التراث القاهرة ١٩٧٩ ص (٣٤٦). وراجع. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (١/٣٩٧).

(٤) المستصفى للغزالي (٢/٢٦)؛ وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (١/٣٩٧).

(٥) المصادر السابقة.

(٦) فالنهي في اللغة ضد الأمر فقط وليس الفساد من مدلوله اللغوي على سبيل الحقيقة. انظر: القاموس المحيط (٤/٤٠٠)؛ والمصباح المنير (٢/٣٠٠).

الكثرة دون مقابل فيتوجه النهي إلى هذا الوصف، وأمَّا الماهية فتبقى سليمة، ومن هنا يقول الحنفية: أصل الماهية سليم عن المفسدة لأنَّ النهي إنما هو في الخارج عنها فلو قلنا بالبطلان والفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية السالمة عن الفساد والماهية المتضمنة للفساد، ولا تزول التسوية أيضاً لو قلنا بالصحة مطلقاً، لأنَّه حينئذٍ قد سوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها، وبين المتضمنة له في صفاتها وذلك غير معقول عقلاً وفقهاً، فتعين حينئذٍ أن نقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف، فنقول: أصل الماهية سالم عن النهي فيكون صحيحاً ولا سيما أنه يدعم هذا القول أنَّ الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي، ولذلك نثبت لأصل الماهية الصحة، ونثبت للوصف الذي هو خارج عن الماهية والذي تضمن المفسدة الوصف العارض وهو الفساد، وهو المطلوب[1].

ثمَّ برهنوا هم ومن معهم من الأصوليين ـ كالغزالي والرازي في المعاملات ـ[2] على أنَّ النهي لا يقتضي الفساد بقولهم: إنَّا نعني بالفساد تخلف الأحكام عن العقود، وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام، ولو صرح الشارع، وقال: نهيتك عن الطلاق في الحيض لعينه، لكن إن فعلت بانت زوجتك، ونهيتك عن ذبح شاة بسكين مغصوب لكن إن فعلت حلت الذبيحة... فشيء من هذا ليس يمتنع ولا يتناقض، بخلاف قوله: حرمت عليك الطلاق وأمرتك به وأبحته لك... فإنَّ ذلك تناقض لا يعقل، لأنَّ التحريم يضاد الإيجاب ولا يضاده كون المحرم منصوباً علامة على حصول الملك والحل وسائر الأحكام، إذ يتناقض أن يقول: حرمت الزنا وأبحته، ولا يتناقض أن يقول: حرمت الزنا وجعلت الفعل الحرام لعينه سبباً لحصول الملك في العوضين، فإنَّ شرط التحريم التعرض لعقاب الآخرة فقط دون تخلف الثمرات والأحكام عنه فإذا ثبت هذا فقوله: لا تبع، ولا تطلق، ولا تنكح لو دلَّ على تخلف الأحكام وهو المراد بالفساد، فلا يخلو إمَّا أن يدل عليه من حيث اللغة أو من حيث الشرع[3] ومحال أن يدل على ذلك من حيث اللغة، لأنَّ العرب قد تنهى عن الطاعات، وعن الأسباب المشروعة، وتعتقد ذلك نهياً حقيقياً دالاً على أنَّ المنهي عنه ينبغي أن لا يوجد، أمَّا الأحكام فإنَّها شرعية لا يناسبها اللفظ من حيث وضع اللسان، إذ يعقل أن يقول العربي هذا العقد الذي يفيد الملك والأحكام إياك أن تفعله وتقدم عليه. ولو صرح به الشارع

---

(١) المصادر السابقة وراجع الفروق للقرافي (٢/٨٢).

(٢) المستصفي للغزالي (٢/٢٦)؛ وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (١/٣٩٦٠٠٠).

(٣) المستصفى (٢/٢٥)؛ والأحكام للآمدي (٢/٤٨)؛ وفواتح الرحموت (١/٣٩٦).

أيضاً فكان منتظماً مفهوماً حيث لو صرح الكتاب أو السنّة بذلك لما كان لأحد أن يخالفه فلو قام دليل على أنَّ النهي للإفساد ونقل ذلك عن النبي ﷺ صريحاً لكان ذلك من جهة الشرع تصرفاً في اللغة بالتغيير فيكون اصطلاحاً خاصاً شرعياً يجب قبوله وكذلك لو كانت صيغة النهي موضوعة شرعاً كعلامة على الفساد، ولما لم يثبت ورود ذلك في الشرع يبقى أنَّ مقتضى النهي هو التحريم فقط أمَّا الفساد ـ أي عدم ترتيب الأثر عليه ـ فهذا شيء آخر محتاج إلى إثباته في كل عقد بدليل خاص فإذا ما وجدنا ذلك نحكم به، وأمَّا إذا لم نجده يبقى النهي غير دال على فساد المنهي عنه[1].

كما ناقش الحنفية أدلة الجمهور بأنَّ الحديث الذي استشهدوا به لا يدل على الدعوى التي نحن بصددها، فليس فيه دلالة على أنَّ النهي عن الشيء يدل على فساد المنهي عنه، وإنَّما كل ما يدل عليه هو عدم إحداث أمر جديد في الدين الإسلامي وعدم إنشاء البدع والمستحدثات من الأمور، ثمَّ إنَّ معنى: «... فهو رد» أي غير مقبول عند الله طاعةً وقربةً وأنَّه مردود على صاحبه فلا يقبل وهذا محل الاتفاق لأنَّ البدعة وهي محرمة لا تكون طاعة قطعاً، وليس كلامنا فيه، وإنَّما الكلام في ترتب الأثر عليه مثلاً، فمن ذبح شاة بسكين مغصوب مثلاً فهل يقال له: إنه قد أحدث في دين الإسلام شيئاً فلا يحلل ذبحه الشاة، وأنَّها قد أصبحت مثل الميتة. نعم يقال: إنَّه خالف أمر الله في استعماله المغصوب، أمَّا حل الشاة فأمر آخر خارج عن نطاق التحريم[2].

وأمَّا ما نقلوه عن السلف فهو آراء لبعضهم وليس لجميعهم قال الغزالي: «وهذا يصح من بعض الأئمة، أمَّا من جميع الأئمة فلا يصح، ولا حجة في قول البعض، ثمَّ يتمسك به في التحريم والمنع، أمَّا في الإفساد فلا»[3].

كما ناقشوا الأدلة العقلية للجمهور فقالوا: إنَّ دليلكم العقلي الأول مسلم لكنه لا يدل على الدعوى، لأنَّ قولكم: «إنَّ المنهي عنه غير مشروع» إن كان المراد به أنَّه غير مأمور به، أو غير مباح أو غير مندوب فمسلم لكن النزاع ليس فيه، وإن أردتم به عدم ترتب الأثر عليه فهذا غير مسلم، لأنَّه لا مانع ـ في اللغة ولا في الشرع كما سبق ـ من جعل

---

(١) المستصفى (٢/٢٥ ـ ٢٦)؛ وفواتح الرحموت (١/٣٩٦)؛ والأحكام للآمدي (٢/٤٨)، والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المستصفى (٢/٢٧).

شيء غير مباح علامة ودليلاً على الملك، أو انتقاله أو نحو ذلك من الآثار، بل هو وارد وواقع حيث إنَّ الطلاق المحظور ـ كما في طهر جامعها فيه ـ تترتب عليه الفرقة عند الجمهور(١).

وأمَّا دليلهم العقلي الثاني فهو الدعوى نفسها قال الغزالي في رده: «قلنا: في هذا وقع النزاع، فما الدليل عليه؟ وكم من بيع ونكاح نهى عنه وبقي سبباً للإفادة فما هذا التحكم؟»(٢).

وناقش الجمهور أدلة الحنفية أيضاً بأنَّ الوصف جزء من الماهية المركبة فهي كما تعدم لعدم كل أجزائها فكذلك تعدم لانعدام بعض أجزائها، ولو سلم أنَّه ليس جزءاً من الماهية يرد عليهم أنَّ الوصف ولا سيما اللازم إذا نهى عنه سرى النهي إلى الموصوف، لأنَّ الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف فيؤول الأمر إلى أنَّ النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف فتكون الماهية على ضربين: ماهية مجردة عن ذلك الوصف فلا يتسلط النهي عليه، ماهية متصفة بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه(٣) ثمَّ لا نسلم أنَّ النهي لا يقتضي الفساد شرعاً، لأن النهي عن شيء يدل على قبحه، ثمَّ كيف يقر الشرع القبيح ويرتب عليه الآثار ولا سيما إذا عرفنا أنَّ الآثار هبة من الله تعالى لكنه جعل العقود لها علامات، ولذلك قال الأسنوي: «والصحيح عند الآمدي وابن الحاجب أنَّه لا يدل على الفساد إلاَّ من جهة الشرع»(٤).

ومن هنا نعلم أنَّ الحنفية قد طردوا القاعدة في الشرعيات وحكموا بأنَّ النهي لا يدل على فساد المنهي عنه إلاَّ إذا دلَّت القرينة على أنَّ النهي لذاته. بل بالغ بعضهم حينما حكموا بأنَّ النهي يقتضي الصحة في الشرعيات عبادات كانت أو معاملات(٥). وقد اختار الغزالي، والرازي بأنَّ النهي يقتضي الفساد في العبادات ولا يقتضيه في المعاملات.

---

(١) فقد صرَّح المالكية والشافعية بأنَّ الطلاق البدعي محرَّم مع أنَّه يقع به الفرقة.
انظر: القوانين الفقهية ص (١٩٥)؛ والغاية القصوى (٢/٧٩٠) غير أنَّ هذا لا يرد عليهم، لأنَّ النهي فيه ليس لعينه، ولا لوصف لازم له.
وراجع: شرح تحفة الحكام لابن ميارة، ط. المكتبة التجارية الكبرى (١/٢١٧).

(٢) المستصفى (٢/٢٧).

(٣) حاشية ابن الشاط على الفروق (٢/٨٢، ٨٤).

(٤) التمهيد ص (٢٩٣)؛ والأحكام (٢/١٧٢)؛ والمنتهى ص (٧٣).

(٥) فواتح الرحموت (١/٣٩٦)؛ وتيسير التحرير (١/٣٨٢).

وأمَّا الجمهور فهم ليسوا على درجة واحدة في موقفهم هذا فقد وقف الحنابلة والظاهرية والأباضية في مقابلة الحنفية حيث حكموا بأنَّ النهي مطلقاً ـ سواء كان لذات المنهي عنه، أو لوصفه، وسواء كان هذا الوصف لازماً له أو غير لازم ـ يدل على فساده حتى أبطلوا الصلاة في ثوب مغصوب والوضوء بالماء المسروق لأنَّ المنهي عنه شرعاً معدوم شرعاً فلا أثر له[١].

في حين توسط المالكية والشافعية وحكموا بأنَّ النهي إن كان لذات المنهي عنه أو لوصفه اللازم يدل على الفساد وإلَّا فلا.

والذي يظهر رجحانه هو هذا الرأي الأخير، لأنَّ التفرقة بين نهي عن وصف لازم، ونهي عن وصف غير لازم أمر معقول وأنَّ التسوية بينهما خلاف لما يقتضيه العقل والفقه فالنهي عن البيع وقت النداء للجمعة لا يفيد فساد البيع، لأنَّ النهي إنَّما هو لخوف تفويت الصلاة، لا لخصوص البيع، قال الأسنوي في تعليل ذلك: «. . .، إذ الأعمال كلها كذلك والتفويت غير لازم لماهية البيع»[٢].

ومن جهة أخرى أنَّ الفقهاء كلهم متفقون على أنَّ العقود أسباب جعلية ـ أي جعلها الشارع أسباباً ـ لنقل الملكية ونحوها من الآثار المترتبة على العقود، فكيف يحكم على عقد بأنَّه سبب شرعي لأثر كذا مع أنَّه منهي عنه في ذاته أو في وصف لازم له[٣] وأمَّا النهي عن الوصف غير الملازم فلا يفيد الفساد، لأنَّ العقد لا يرتبط به حتى يسري إليه فساده قال الشافعي: «وذلك أنَّ أصل مال كل امرىء محرم على غيره إلَّا بما أحل به وما أحل به من البيوع هو ما لم ينه عنه رسول الله ﷺ ولا يكون ما نهى عنه رسول الله ﷺ من البيوع مُحلًا ما كان أصله محرماً من مال الرجل لأخيه، ولا تكون المعصية بالبيع المنهي عنه تُحِلُّ محرماً. . . وفروج النساء محرمات إلَّا بما أبيحت به من النكاح، والملك، فإذا عقد عقدة النكاح أو البيع منهياً عنها على محرم لا يحل. . . حتى يؤتى بالوجه الذي أحلَّه الله به في كتابه، أو على لسان رسوله ﷺ أو إجماع المسلمين، أو ما هو في مثل معناه»[٤] ثمَّ فرق الشافعي بين الوصف اللازم، والوصف غير اللازم ومثل للأول ببيع الغرر، وبيع الرطب بالتمر إلَّا في العرايا، وكأن ينكح المرأة بغير إذنها فتجيز بعدُ، ومَثَّلَ للوصف

---

(١) يراجع: المصدران السابقان.

(٢) التمهيد ص (٢٩٣).

(٣) المصادر السابقة والفروق للقرافي (٢/٨٦).

(٤) الرسالة للإمام الشافعي، ط. دار التراث ١٩٧٩ ص (٣٤٨ ـ ٣٥٥).

غير اللازم بنهي رسول الله ﷺ الغلام أن يأكل من أعلى الصفحة فقال: «فلما كان الطعام مباحاً لأكله حتى يأتي عليه كله إن شاء... فهو نهى فيها عن شيء أن يفعله، وأمر فيها بأن يفعل شيئاً غير الذي نهى عنه»[1] ثمَّ بيَّن وجه الفرق فقال: «فإن قال: فهذا عاص، والذي ذكرت في الكتاب قبله في النكاح والبيوع عاص فكيف فرقت بين حالهما؟ فقلت: أما في المعصية فلم أفرق بينهما... فإن قال: فكيف لم تحرم على هذا أكله... وحرمت على الآخر نكاحه وبيعه بمعصية؟ قيل: هذا أُمِرَ بأمر في مباح حلال له فأحللت ما حل له، وحرمت عليه ما حرم عليه، وما حرم عليه غير ما أحل له، ومعصيته في الشيء المباح له لا تحرمه عليه بكل حال، ولكن تحرم عليه أن يفعل فيه المعصية - وأصل مال الرجل محرم على غيره إلَّا بما أبيح به، وكذلك فروج النساء...»[2].

وقد ردَّ القرافي رأي الحنفية في بيع الدرهم بدرهمين وحكمهم بجواز تصحيحه بإزالة الدرهم الزائد فقال: «إنَّ الرضا لم يحصل إلَّا بمقابلة الواحد بالإثنين، فلو صححنا العقد في البعض لنقلنا ملك البائع بغير رضاه...»[3].

ومن وجه آخر نرى أنَّ الجميع متفقون على أنَّ العقد المنهي عنه سواء لذاته أو لوصفه محرم وأنَّه حتى على مذهب الحنفية يفيد ملكاً خبيثاً وفاسداً[4]. قال الدبوسي: «اعلم أنَّ الشرع لا ينهي عن فعل إلَّا لقبحه»[5] فإذا كان الأمر كذلك فإجازة الملك الخبيث مما لا يتفق مع روح الشريعة الإسلامية قال ابن حزم: «وإذا أقروا أنَّ الملك فاسد فقد قال الله تعالى: ﴿والله لا يحب الفساد﴾[6] فلا يحل لأحد أن يحكم بإنفاذ ما لا يحبه الله»[7].

ثمَّ هل هذا الخلاف بين الجمهور والحنفية في الباطل والفاسد خلاف لفظي تابع للفظ والاصطلاح ولا يترتب عليه أثر أم أنَّه خلاف معنوي؟.

---

(١) المصدر السابق ص (٣٥١).

(٢) المصدر السابق ص (٣٥٤).

(٣) الفروق (٢/٨٦).

(٤) فتح القدير (٥/١٨٥).

(٥) تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع للقاضي أبي زيد الدبوسي، مخطوطة دار الكتب رقم (٢٥٥ أصول الفقه) ص (٦٥).

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٠٥.

(٧) المحلى (٩/٤١٨ - ٤١٩).

ادَّعى بعض الفقهاء أنَّ الخلاف بينهما لفظي قال الزنجاني: «وهو على التحقيق نزاع لفظي ومراء جدلي» ثمَّ بيَّن وجهة نظره هذه بأنَّ مراد الحنفية من هذا التقسيم هو أنَّ التصرفات تنقسم إلى ما نهى الشرع عنه لمعنى يرجع إلى ذاته بسبب اختلاف ركن من أركانه كبيع الحر، أو كون العاقد مجنوناً، وإلى ما نهى عنه لا لذاته بل لأمر يرجع إلى شروطه، وتوابعه، وأوصافه، وأمور تقارنه كبيع درهم بدرهمين، وكالبيع إلى أجل مجهول، فلا شك أنَّ الأول معلوم البطلان بدلالة قاطعة وأمَّا الثاني فهو مظنون البطلان بدلالة ظنية اجتهادية ولهذا اختلف الصحابة (رضي الله عنهم) فيه فخصوه بالفاسد، ويدل على هذا الفرق بينهما أنَّ الأول لا يسوغ فيه الاجتهاد، فلو حكم حاكم بنفاده لم ينفذ حكمه وأمَّا الثاني فبالعكس، وهذا المسلك منهم كمسلكهم في الفرض والواجب[1] قال الزنجاني: «... وأنَّا ـ أي الشافعية ـ نساعدهم على الانقسام المعنوي، وإن نازعناهم في العبارة، وقد نص الشافعي (رضي الله عنه) على جنس هذا التصرف فإنَّه قال في غير موضع إن كان النهي لأمر يرجع إلى عين المنهي عنه دلَّ على فساده، وإن كان لأمر يرجع إلي غيره لا يدل على فساده، فالتفرقة بين القسمين متفق عليها وإنَّما يرجع النزاع إلى أنَّ فساد الوصف المقارن هل يلحق بفساد الأصل في سائر أحكامه وآثاره أم لا؟»[2].

والذي يظهر لي أنَّ هذه المسألة قد بحثها الأصوليون كما بحثها الفقهاء فطبيعة البحث لدى كل فريق تختلف عمَّا عليه الآخر[3] لذلك لا يمكن الحكم بكون الخلاف لفظياً أو معنوياً حكماً مطلقاً، فعلى ضوء قواعد الأصول يمكن أن يرجع إلى الخلاف

(١) تخريج الفروع للزنجاني ص (٧٦، ٧٧).

(٢) تخريج الفروع ص (٧٧).

(٣) فالأصوليون يبحثون عن القواعد العامة، والفقهاء يبحثون عن الفروع والجزئيات ولذلك نرى في بعض الأحيان أنَّ بعض القواعد المقررة في الأصول لا تطبق على بعض جزئياتها لدى الفقهاء لدليل خاص، فالسكران الذي لا يعي غير مكلف عند الأصوليين لكن الفقهاء فرقوا بين ما إذا كان سكره بتعد وما كان سكره بغيره حيث حكم بعضهم على السكران المتعدي بطلاق زوجته إذا طلقها وهو لا يعي ونحو ذلك عقوبة له.
انظر: التمهيد للأسنوي ص (١١٣ ـ ١١٥)؛ والمستصفى للغزالي (١/٨٤)؛ وتشنيف السامع شرح جمع الجوامع مع منع الموانع للسبكي مع البدر الساطع، ط. فرج الله زكي الكردي (١/٢٧١)؛ وخبايا الزوايا طبعة وزارة الأوقاف الكويتية ص (٣٦٩) والمحلى (١٠/٢٠٩)؛ والمغني لابن قدامة (٨/٣٥٥).

اللفظي، لأنَّ الخلاف في التسمية فقط حيث سمي الجمهور ما ثبت نهيه بدليل قطعي، أو ظني، أو ما كان الخلل في أصله، أو في وصفه الملازم - بالباطل والفاسد وذلك لأنَّ القطعي أو الظني باعتبار وصول الدليل إلينا لا من حيث الدليل نفسه لأنَّ الحديث الذي وصل إلينا بطريق الآحاد يكون دلالته ظنية بالنسبة لنا لكنه بالنسبة للصحابي الذي سمع من الرسول ﷺ تكون دلالته قطعية فالجمهور لم ينظروا إلى هذه الاعتبارات العرضية بل نظروا إلى النهي ذاته حيث إن دل على طلب الكف طلباً جازماً فهو يقتضي البطلان والفساد، وأمَّا الحنفية فقد فرقوا بين المصطلحين وخصصوا الباطل بما كان النهي عنه قطعياً وكان عن أصله، والفاسد بما كان النهي عنه ظنياً وكان عن وصفه، فالقضية قضية اصطلاح وتسمية فلا مشاحة في ذلك، وأمَّا من حيث المعنى فالجمهور أيضاً مع الحنفية في أنَّ ما ثبت نهيه بدليل قطعي يختلف عمَّا ثبت بدليل ظني حيث يكفر جاحد المقطوع به، ولا يكفر جاحد المظنون به[1] وأيضاً إنَّ العقد إذا كان باطلاً عند جميع الفقهاء لا يترتب عليه أثر في حين أن المختلف فيه يترتب عليه بعض الآثار[2] إذن على ضوء التكييف الأصولي فلا داعي للتفرقة بين الباطل والفاسد. ولعلَّ الروح الفقهية الفرعية التي طبقت على أصول الحنفية هي التي حدت بهم إلى القول بالفرق بينهما في الأصول، ولذلك نرى أنَّ طريقتهم في الأصول مبنية على بناء القواعد على الفروع على عكس طريقة المتكلمين[3].

وأمَّا على نطاق الفقه الذي يبحث عن الفروع والآثار فالخلاف - في نظري - جوهري لا يقتصر على التسمية والاصطلاح، فالجمهور - من حيث المبدأ - لم يرتبوا على الفاسد الآثار التي رتبها الحنفية عليه، فالفاسد والباطل مترادفان في التسمية، ومتحدان في عدم ترتب الآثار عليهما، فالبيع الفاسد عند الجمهور لا يملك المعقود عليه بالقبض[4] قال الزنجاني: «ويتفرع على هذا الأصل مسائل منها: أَنَّ البيع الفاسد لا ينعقد عندنا، ولا يفيد الملك أصلاً، وعندهم - أي الحنفية - ينعقد ويفيد الملك إذا اتصل به القبض.

ومنها: أنَّ الإجارة الفاسدة لا تفيد ملك المنافع عندنا وعندهم تنعقد وتملك المنافع بحكم العقد.

---

(١) تخريج الفروع للزنجاني ص (٧٧) والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة، وشرح تحفة الحكام لابن ميارة، ط. مصر (١/١٧).

(٣) انظر: الشيخ محمد الخضري بك، أصول الفقه، ط. المكتبة الكبرى بمصر ١٩٦٥ ص (٦).

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٢٣)؛ والمجموع للنووي (٩/٣٦٧)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٢٥٢).

ومنها: أنَّ بيع المكره، وإجارته لا ينعقدان عندنا وعندهم ينعقدان ويتوقف نفوذهما على الرضا»[1].

وحتى في نطاق العبادات فالعاصي بسفره لا يترخص، ولا يتمتع بأحكام السفر من قصر وجمع وإفطار عند الجمهور لكون سفره ممنوعاً ومنهياً عنه[2] وعند الحنفية يترخص، لأنَّ المنهي عنه هو وصفه دون أصله[3].

هذا وقد اشتهر أنَّ التفرقة بين الباطل والفاسد اصطلاح خاص بالحنفية لكنه عند التحقيق نرى المالكية والشافعية قد استعملوها وفرقوا بينهما في الأحكام الفرعية وإن كانت هذه التفرقة عندهم لا ترقى إلى اعتبارها قاعدة عامة في مذهبهم بل هي استثناء قال الأسنوي والزركشي: «والبطلان والفساد عندنا مترادفان... فقد ذكر أصحابنا فروعاً مخالفة لهذه القاعدة فرقوا فيها بين الفاسد والباطل»[4].

ثمَّ إنَّ الإمام النووي ذكر الصور التي فرَّق فيها الشافعية بين الباطل والفاسد وحصرها بأربع وهي الحج، والعارية، والكتابة، والخلع، لكن الأسنوي والزركشي قد منعا هذا الحصر وقالا: «بل يتصور أيضاً الفرق في كل عقد صحيح غير مضمون كالإجارة، والهبة، وغيرهما، فإنَّه لو صدر من سفيه، أو صبي، وتلفت العين في يد المستأجر والمتهب وجب الضمان ولو كان فاسداً لم يجب ضمانها...، لأنَّ فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»[5] وحتى في البيع فقد فرَّق الشافعية بين الباطل والفاسد في بعض المسائل منها: ما ذكره النووي وهو أنَّ من اشترى جارية ببيع فاسد ووطئها ينظر فيه فإن كان الواطيء والموطؤة جاهلين فلا حد للشبهة ويلزمه المهر للبائع، وإن كانا عالمين لزمهما الحد إن كان اشتراها بميتة أو دم، لأنَّه لا يملكها ولا يباح وطؤها له بالإجماع، فإن اشتراها بخمر أو شرط فاسد فلا حد لاختلاف العلماء في حصول الملك له فإن أبا حنيفة يقول في هذه الحال إنَّه يملكها. ملكاً حقيقياً فصار كالوطء في النكاح بالأولى»[6].

---

(١) تخريج الفروع للزنجاني ص (٧٨).

(٢) انظر القوانين الفقهية لابن جزي ص (٧٧)؛ والغاية القصوى (١/٢٣٥)؛ والمغني لابن قدامة (٢/٢٦١).

(٣) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (١/٤٠٥).

(٤) التمهيد للأسنوي ص (٥٩)؛ والبحر المحيط للزركشي، مخطوطة دار الكتب برقم (٢٥٥ أصول الفقه) جـ ١ ورقة (١٠١ ـ ١٠٢).

(٥) التمهيد ص (٦٠)؛ والبحر المحيط، مخطوطة دار الكتب جـ ١ ورقة (١٠٢).

(٦) المجموع (٩/٣٧٠ ـ ٣٧١).

فهذا النص صريح في التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد من حيث بعض الآثار كما أنَّه يؤخذ منه أنَّ الباطل الذي لا يترتب عليه أي أثر هو العقد الذي أجمع العلماء على بطلانه، أمَّا العقد الذي فيه خلاف في صحته وبطلانه فهو يترتب عليه بعض آثار، وهذا هو نفس ما اصطلح عليه الحنفية وذكر الزركشي صورة أخرى للبيع وهي ما إذا قال: «بعتك ولم يذكر ثمناً وسلم وتلفت العين في يد المشتري هل هي عليه قيمتها؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنَّه بيع فاسد، والثاني: لا؛ لأنَّه ليس مبيعاً فيكون أمانة»[1].

وقد أضاف الكتاني والزركشي، والسيوطي إلى ما سبق من العقود التي فرقوا فيها بين الباطل والفاسد عقوداً أخرى كالوكالة والشركة والقراض حيث إنَّ الباطل والفاسد منها ليسا مترادفين[2].

هذا وقد ذكر فقهاء الشافعية تصوير الفرق في الحج وفي العقود السابقة ففي الحج حيث يبطل بالردة، ويفسد بالجماع، أو أحرم بالعمرة ثمَّ جامع وأدخل عليه الحج فالأصح أنَّه ينعقد فاسداً. وحكم الحج الباطل أنَّه لا يجب المضي فيه، وأمَّا حكم الحج الفاسد فهو وجوب المضي فيه مع الدم[3].

وتصوير الخلع والكتابة يكون بأنَّ الباطل منهما ما كان على عرض غير مقصود كالدم، أو رجع إلى الخلل في العاقد كالصغر والسفه[4] فالخلع الباطل هو ما أسقط الطلاق بالكلية، أو أسقط البينونة ولا يترتب عليه أي أثر آخر من ثبوت مال ونحوه، وأمَّا الخلع الفاسد فهو ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعاً وأفسد المسمى، ويرجع الزوج بالمثل، والصحيح منه هو ما أوجب البينونة وأثبت المسمى[5] والكتابة الباطلة ما لا توجب عتقاً بالكلية ولا يترتب عليها مال. والفاسدة هي ما يترتب عليها العتق والعوض في الجملة[6].

---

(١) البحر المحيط مخطوطة الدار جـ ١٠٢/١.

(٢) البحر المحيط للزركشي مخطوطة الدار جـ ١ ورقة (١٠١-١٠٢)، والمنثور في القواعد للزركشي (٨/٣) والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٢).

(٣) التمهيد للأسنوي ص (٥٩ - ٦٠)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٧/٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٢).

(٤) التمهيد ص (٥٩)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣١٥).

(٥) التمهيد ص(٥٩)؛ والمنثور في القواعد (٧/٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٢).

(٦) المصادر الثلاثة السابقة.

وأما تصوير الباطل والفاسد في الإعارة فقد ذكره الإمام الغزالي في الوسيط[١] حيث نقل الخلاف في صحة إعارة الدراهم والدنانير ثمَّ قال: «. . . فإن أبطلناها ففي طريقة العراق أنَّها مضمونة، لأنَّها إعارة فاسدة وفي طريق المراوزة: أنَّها غير مضمونة، لأنَّها قابلة للإعارة، فهي باطلة»[٢].

وتصوير الوكالة أنَّها تفسد بالتعليق، ويستفيد بها جواز التصرف وتبطل لاختلاف في العاقد فتكون لاغية كتوكيل الصبي[٣]. ومن جهة أخرى أنَّ الشافعية صرحوا بأنَّ فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، قال الزركشي: «ومعنى ذلك أنَّ ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والقرض، والعمل والقراض، والإجارة والعارية فيقتضي فاسده أيضاً الضمان، لأنَّه أولى بذلك وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة، والتبرع كالهبة والصدقة لا يقتضيه فاسده أيضاً غير أنَّه استثنى عن هذه القاعدة طرداً وعكساً»[٤] كما صرحوا بأنَّ حكم فاسد العقود حكم صحيحها في التغابن وفيما يحط حيث ذكر الرافعي في باب الرهن أنَّه إذا باع الوكيل بدون ثمن المثل وقلنا: لا يصح فتلف في يد المشتري، ماذا يغرم؟ فيه قولان: أصحهما ثمنه. والثاني: يحط النقص المحتمل في الابتداء كما إذا كان ثمنه عشرة ويتغابن فيه بدرهم فباعه بثمانية يغرم تسعة ويأخذ الدرهم الباقي من المشتري[٥] وذكر الزركشي أنَّ الفاسد من العقود المتضمنة للاذن إذا صدرت من المأذون صحت كما في الوكالة المعلقة إذا أفسدناها فتصرف الوكيل صح، لوجود الإذن، وطرده إمام الحرمين في سائر صور الفساد فقال: في كتاب الحج لو استأجره ليحج عنه بأجرة فاسدة، أو صدرت الإجارة بشرط فقطع الأصحاب بأنَّه إذا صح انصرف إلى المستأجر وهو حسن صحيح لصحة الإذن، وهو بمثابة الوكيل بالبيع مع شرط عوض للوكيل فاسد فالاذن صحيح والعوض فاسد»[٦] حتى إنَّ القبض الفاسد لا أثر له إلَّا في بعض المسائل قال الزركشي: «القبض الفاسد لا أثر له إلَّا فيما وقع في

---

(١) مخطوطة دار الكتب رقم (٣١٢ فقه شافعي) ورقة (١٠٠) كتاب العارية.

(٢) الوسيط ورقة (١٠٠ ـ ب)؛ وراجع التمهيد ص (٦٠)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٣/٧)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣١٢).

(٣) المنثور في القواعد للزركشي (٣/٨).

(٤) المرجع السابق (٣/٩).

(٥) انظر: المنثور في القواعد للزركشي (٣/١٢).

(٦) المصدر السابق (٣/١٥).

ضمن إذن فيبرأ، إلغاءً للفاسد واعمالاً للصحيح ولذلك صور منها: إذا فسدت ولاية العامل وقبض المال مع فسادها برىء الدافع، لأنَّ الاذن يبقى وإن فسدت الولاية ومنها إذا تبايع الكفار بيوعاً فاسدة وتقابضوا ثمَّ ترافعوا إلينا لم ينقض ما فعلوا لانتهاء الأمر ونجازه في الشرك»[١].

وأيضاً إنَّ الجمهور متفقون مع الحنفية ـ ما عدا أبا حنيفة ـ على أنَّ عقد النكاح الذي لم يصححه أحد مثل نكاح المحارم، ليس له أي أثر، ولو دخل بها لم يسقط الحد، ولا يوجب النفقة، ولا يثبت النسب في حين أنَّهم جميعاً قالوا إنَّ عقد نكاح صححه أحد المجتهدين ثمَّ دخل بها يسقط الحد ويترتب عليه الآثار، ولو حكم به حاكم نفذ حكمه[٢] قال الزركشي: «ومنها ما لو نكح بلا ولي فهو فاسد ويوجب مهر المثل، لا الحد ولو نكح السفيه بلا إذن فباطل لا يترتب عليه شيء»[٣].

وقد قال الإمام الشافعي: «فأي نكاح عقده مُحْرِمٌ لنفسه، أو مُحْرِمٌ لغيره فالنكاح مفسوخ فإذا دخل بها فأصابها فلها مهر مثلها. . .»[٤].

وقال أيضاً في المتعة: «النكاح مفسوخ وإن لم يصبها فلا مهر ولا أثر وإن أصابها فلها مهر مثلها وعليها العدة ولا نفقة لها. . .»[٥].

والمالكية أيضاً فرَّقوا بين الباطل والفاسد في بعض العقود يقول صاحب تهذيب الفروق: «والأصل في فاسد القراض الرد إلى قراض المثل»[٦] ثمَّ يقول: «إنَّ أسباب الفساد إذا تأكدت في القراض أو غيره بطلت حقيقة المستثني بالكلية فتعين الإجارة، وإذا لم تتأكد اعتبرنا القراض، ثمَّ بقي النظر بعد ذلك في المفسد هل هو متأكد أم لا. . .»[٧] وقال القرافي: «إني ألتزم الفرق بين الأصل، والوصف، ولا أسوي بينهما كما قالته الحنابلة، ولا تلزمني عقود الربا ـ أي في أنَّها لا يترتب عليها أثر ـ بسبب أنَّ

---

(١) المصدر السابق (٣/١٧ ـ ١٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/٤٣٣)؛ والغاية القصوى (٢/٩٢٣)؛ وتخريج الفروع للزنجاني ص (٧٧)؛ والمغني لابن قدامة (٨/١٨٣).

(٣) البحر المحيط مخطوطة الدار جـ ١/ ورقة (١٠٢).

(٤) الأم (٥/٧٠).

(٥) المصدر السابق (٥/٧١).

(٦) تهذيب الفروق والقواعد السنية (٤/٣٣)؛ وراجع الفروق للقرافي (٤/١٤).

(٧) تهذيب الفروق (٤/٣٤).

انتقال الأملاك في المعاوضات يعتمد الرضا. . .»[1].

قال الزركشي: «فالمالكية توسطوا بين القولين، ولم يفرقوا بين الباطل والفاسد في التسمية، ولكنهم قالوا: البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك فإذا لحقه أحد أربعة أشياء يقدر الملك بالقيمة، وهي حوالة الأسواق، وتلف العين أو نقصانها، وتعلق حق الغير بها على تفصيل لهم في ذلك»[2] وفعلاً فإنَّ عند المالكية ـ فيما يتعلَّق بالقبض ـ شيئاً قريباً من مذهب الحنفية قال ابن رشد: «اتَّفق العلماء على أنَّ البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها، أو نماء، أنَّ حكمها الرد أعني رد البائع الثمن، والمشتري المثمن واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق، أوهبة، أوبيع، أورهن، أوغير ذلك من سائر التصرفات. هل ذلك فَوْتٌ يوجب القيمة؟ وكذلك إذا نمت أو نقصت فقال الشافعي: ليس ذلك فوتاً، ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وأنَّ الواجب الرد، وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة، إلاَّ ما روى عنه ابن وهب في الربا: أنَّه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة»[3]، فعلى هذا فالعقد الفاسد عند مالك أيضاً أوجد شبهة ملك تصلح لأن يبنى عليها بعض الأمور وهو عدم إلزام المشتري بعد بيع المبيع لشخص آخر أن يرده منه إلى صاحبه الأول قال ابن رشد: «والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة، فأمَّا المحرمة فإنَّها إذا فاتت مضت بالقيمة، وأمَّا المكروهة فإنَّها إذا فاتت صحت عنده وربما صحَّ عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت، ومالك يرى أنَّ النهي عن هذه الأمور إنَّما هو لمكان عدم العدل فيها، أعني بيوع الربا والغرر، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة. . . ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتاً في البيع الفاسد»[4] وهكذا فالتفرقة موجودة عند مالك في النكاح قال ابن ميارة المالكي: «إنَّ النكاح إذا وقع فاسداً فإنَّه يرجع فيه إلى أحد وجهين إمَّا الفسخ، وإمَّا التلافي والتدارك، فما كان فساده لفساد عقده فالحكم فيه الفسخ سواء عثر عليه قبل البناء أو بعده وما فسدت لصداقه فإنَّه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل قال الشارح: والظاهر من الشارع في عقود

(١) الفروق (٢/١٨٥)؛ وراجع القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٢٤).

(٢) البحر المحيط مخطوطة الدار جـ ١/ ورقة (١٠١)، وراجع الحكم عند مالك في بداية المجتهد (٢/١٩٣).

وانظر: تحقيق المراد للحافظ العلائي ص (٧٣).

(٣) بداية المجتهد (٢/١٩٣).

(٤) المرجع السابق (٢/١٩٣ ـ ١٩٤).

هذه المعاملات أنَّها مهما وقعت مخالفة لما استقر منها شرعاً، وكانت المخالفة مما يمكن تلافيها ويتأتى استدراك الأمر فيها فإنَّ المشروع فيها الإصلاح والاستدراك، والتلافي لما فرض اختلاله عن الأركان، والتحصيل لما وقع إهماله من الشروط ومهما كانت المخالفة بما لا يمكن تلافيها ولا يتأتى استدراك الأمر فيها لخروج الماهية عمَّا قصد بها شرعاً، أو منافاتها لما استقرت عليها وصفاً فإنَّ المشروع فيها الفسخ والإبطال[1] بل أكثر من ذلك فإنَّ المالكية يقررون في النكاح الفاسد الذي لم يكن فساده محل اتفاق أنَّ فسخه يكون بطلاق مما يعطي أهمية حتى أكثر مما ذهب إليه الحنفية القائلون بأنَّ فسخ النكاح الفاسد ليس طلاقاً، قال ابن القاسم الجزيري: «والفساد على وجهين فساد في العقد وفساد في الصداق، فالفساد في العقد على ضربين: وجه متفق عليه عند الأئمة، ووجه مختلف فيه، فالمتفق عليه كذوات المحارم فيفسخ أبداً بغير طلاق، ولا موارثة ولا خلع وفيه المسمى بعد البناء، ويلحق به الولد ويحد إن كان عالماً... والمختلف فيه كنكاح الشغار، والمحرم وشبه ذلك فالفسخ فيه بطلاق، ويمضي فيه الخلع ـ وفيه الإرث إن مات قبل الفسخ وهو آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك»[2].

وهنا يثور تساؤل: هل بقي فرق بين المالكية والشافعية من جهة ـ بعدما قالوا بتلك التفرقة بين الباطل والفاسد ـ وبين الحنفية؟

للجواب عن ذلك نقول: إنَّ وجود هذه التفرقة مما لا يمكن أن ينكر في الفروع الفقهية غير أنَّ التكييف الحنفي في الفساد في العقود المالية من أنه ينقل الملكية ـ أو الانتفاع ـ بالقبض مما لم يقبل به المالكية[3] والشافعية قال الإمام السبكي: «عندي أنَّ أصحابنا لم يوافقوا الحنفية في هذا التفريق أصلاً، لأنَّ الحنفية يثبتون بيعاً فاسداً يترتب عليه مع القبض أحكام شرعية ونحن لا نقول ذلك، وإنَّما العقود لها صور لغة وعرفاً من عاقد، ومعقود عليه، وصيغة، ولها شروط شرعية فإن وجدت كلها فهو الصحيح، وإن فقد العاقد، أو المعقود عليه، أو الصيغة، أو ما يقوم مقامها فلا عقد أصلاً ولا يحنث به إذا حلف لا يبيع، وسميت بيعاً باطلاً مجازاً وإن وجدت وقارنها مفسد من عدم شرط ونحوه فهو فاسد، وعندنا هو باطل ونحن لا نرتب على الفاسد شيئاً من الأحكام الشرعية، لأنَّه غير مشروع لكن لنا قاعدة وهي ما إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص

(١) شرح تحفة الحكام لابن ميارة الفاسي (١/١٧١ ـ ١٧٢).

(٢) شرح تحفة الحكام (١/١٧٢).

(٣) لكنهم قالوا بصحة بعض العقود الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة استثناء انظر: بداية المجتهد (٢/١٩٣).

قد لا يعمل العموم، فالمسائل التي رتب الأصحاب عليها حكماً من العقود الفاسدة هي من هذا القبيل»[1].

والذي يظهر لي رجحانه هو أنَّ النهي إذا كان للتحريم يقتضي فساد المنهي عنه ما دام النهي لذاته، أو لوصف مقارن له، إذ لا يتفق ترتب الآثار الشرعية على شيء محرم غير مشروع ـ كما سبق ـ وأما إذا كان النهي لغير التحريم كالكراهة ونحوها أو دلت القرينة على أنَّ النهي لوصف غير ملازم ليس له ارتباط جوهري به، فلا يدل على فساده. وتأسيساً على ذلك فرأي الجمهور القائل بعدم ترتب الآثار الشرعية على العقد الفاسد وإن اتصل به القبض هو الموافق لروح الشريعة الإسلامية القائمة على الجمع بين حكمي الدين والدنيا فما دام العقد الفاسد لا يفيد الملك بوحده فما يبنى على الفاسد فاسد قال ابن حزم: «إذ أقروا ـ أي الحنفية ـ أنَّ العقد فاسد فقد قال تعالى: ﴿والله لا يُحب الفَساد﴾[2]... وقال تعالى: ﴿إنَّ اللَّهَ لا يصلحُ عملَ المفسدين﴾[3] فمن أجاز شيئاً نص الله تعالى على أنَّه لا يصلحه فقد عارض اللّهَ تعالى في حكمه»[4]. لكن لا مانع من إطلاق الباطل على ما هو غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، والفاسد على ما هو مشروع بأصله لا بوصفه لأنَّ هذا اصطلاح لا مشاحة فيه وإنَّما الخطورة في ترتيب آثار العقود الصحيحة على العقود الفاسدة بعد القبض.

ويظهر لنا من خلال هذا العرض لتقسيمات العقود ما يأتي:

أولاً: نرى أنَّ الصبغة الظاهرية تسود الفقه الحنفي حيث رَكَنَ إلى الجانب الظاهري القضائي الدنيوي فلم يرتبوا على النهي سوى التحريم أي الإثم والعقاب في الآخرة، وأمَّا البطلان أي عدم ترتب الأثر مطلقاً فليس بلازم للتحريم فعلى هذا فهم فرقوا بين الحكم الدنيوي وهو ترتب الأثر، أو عدم ترتب الأثر على العقود وبين التحريم الذي هو من أحكام الآخرة، فنفوا التلازم بين التحريم وعدم ترتب الأثر، فقد يوجد الأول ومع ذلك لا يوجد معه عدم ترتيب الأثر بل يوجد الأثر كالبيع الفاسد الذي هو محرم ومع ذلك يترتب عليه نقل الملكية بعد القبض فقالوا: إنَّه يفيد الملك الخبيث الذي يجب إزالته ومع ذلك أقروا إفادة الملك بالقبض في حين سادت الصبغة الدينية

(١) البحر المحيط للزركشي، مخطوطة الدار (١/١٠٢).
(٢) سورة البقرة: الآية ٢٠٥.
(٣) سورة يونس: الآية ٨١.
(٤) المحلي (٩/٤١٩).

القائمة على ترتيب الأحكام الدنيوية على الأحكام الأخروية فقه الجمهور حيث قالوا بالتلازم بين المحرم وعدم الأثر كما قالوا بالتلازم بين المأمور به والصحة فما دام العقد محرماً لا يترتب عليه أثره الشرعي الذي وضعه الله تعالى لكل عقد كانتقال الملكية في البيع. وأشد المتمسكين بهذا الترتيب والتلازم هم الحنابلة والظاهرية، والاباضية - كما سبق -.

ثانياً: نصل من خلال هذه التقسيمات التي ذكرها فقهاؤنا العظام ولا سيما أصحاب كتب القواعد والأشباه والنظائر، والتخريجات إلى أنَّه يمكن على ضوئها استنتاج نظرية متكاملة للعقود، فمثلاً ذكر الزركشي (ت ٧٩٤ هـ) أحد عشر تقسيماً للعقد باعتبارات مختلفة، وفي كل تقسيم يذكر له مجموعات من العقود يجمعها أحكام مشتركة[١] وقسم الماوردي (ت ٤٥٠ هـ) العقد إلى عدَّة أقسام وبين حكم كل قسم منها بدقة وعمق[٢] وكذلك فعل الكثيرون[٣].

ثالثاً: لم نجد في الكتب الفقهية التي اطَّلعت عليها تقسيم العقد إلى الرضائية، وإلى غيرها. مما يوحي ذلك إلى أنَّ الفقهاء المسلمين لم يتصوروا وجود عقود غير رضائية كمبدأ عام حيث إنَّ أصل حل الأموال مطلقاً هو الرضا بنص القرآن. قال تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا لا تأكُلوا أموالَكُم بينَكُم بالبَاطِلِ إلاَّ أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُم﴾[٤] فلم يعرف الفقه الإسلامي قطعاً تلك الشكلية الموجودة في القانون الروماني، وأمَّا العقود العينية التي يشترط فيها القبض كالرهن والهبة، فالقبض فيها شرط للزومها وليس لانعقادها وأمَّا الالتزام والانعقاد فهما يتمان بمجرد أن ينطق بما يدل على رضاه واختياره، قال تعالى: ﴿وأوفُوا بالعهدِ إنَّ العهدَ كانَ مَسـؤُلاً﴾[٥].

الغصن الثاني - أقسام العقد في القانون:

ينقسم العقد في الفقه الوضعي إلى عدَّة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فهو ينقسم - من حيث النظر إلى تكوينه - إلى عقد رضائي، وغير رضائي، والعقد غير

---

(١) المنثور في القواعد (٢/٣٩٧ - ٤١٣).

(٢) الحاوي الكبير للماوردي، مخطوطة بمكتبة الأوقاف ببغداد، جـ ٥ ورقة (١٢ - ١٣).

(٣) مجموعة القواعد للنووي مخطوطة الأزهر ورقة (٩١)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٩٩ - ٣١٣) والمصادر السابقة.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

الرضائي أما أن يحتاج في تكوينه إلى الشكل فيسمى بالعقد الشكلي، أو يحتاج إلى التسليم فيسمى بالعقد العيني، ومن حيث التنظيم القانوني ينقسم إلى عقد مسمى، وعقد غير مسمى، ومن حيث الأثر إلى عقد ملزم لجانب واحد، أو ملزم للجانبين، أو إلى عقد تبرع أو عقد معارضة، ومن حيث طبيعته إلى العقد المحدد، والعقد الاحتمالي، أو إلى العقد الفوري، والعقد الزمني . . . وغير ذلك من التقسيمات التي هي في الحقيقة من عمل الفقه[1] وليس من عمل القانون، ولذلك لم يتعرض لها القانون المصري، ولا الكثير من التشريعات الحديثة[2] غير أنّه تضمن بعض التشريعات ـ كالتقنيين الفرنسي ـ تقسيمات للعقود[3] والذي يتعلّق ببحثنا هو التقسيم الأول وهو تقسيم العقد إلى عقد رضائي، وعقد شكلي وعقد عيني ولذلك نذكر هذه الأقسام الثلاثة بشيء من الإيجاز، لأنّها كثيراً ما يتردد ذكرها في هذه الرسالة.

١ ـ العقد الرضائي:

وهو ما يكفي في انعقاده رضاء الطرفين، دون الحاجة في انعقاده إلى أفراغه في شكل معين، أو إلى قبض وتسليم[4]، ومن هنا لا يقدح في العقد الرضائي كونه يحتاج في إثباته إلى شكل مخصوص كالعقد الذي تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو على خمسين فرنكاً (المادة ١٣٤١ م ف)[5]والمادة ٦٠/ من قانون الإثبات المصري) وكعقد الكفالة (المادة ٧٧٣م.م) والصلح (المادة ٥٥٢م.م) ومع ذلك يظل عقداً رضائياً، لأنَّ

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/١٨٦ ـ ٢٠٨)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٤٥ ـ ٦٣)؛ و د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/١٤٠/١٧٣)؛ والدكتور مالك دوهان، مصادر الالتزام (١/٨٠ ـ ٩٩)؛ و د. غني حسون، الوجيز (١/٥٧)؛ و د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق (١/٣٨).

(٢) مثل التقنيين الألماني والتقنيين السويسري وغيرهما.
انظر: P. Engel القانون السويسري، السابق الإشارة إليه ص (١٢٣).

(٣) راجع في تفصيل ذلك L. Morandieres. المرجع السابق ص (١٧٧ ـ ١٨٨). L. Josserand، المرجع السابق ص (١١)، وبلانيول، المطول العملي للقانون المدني الفرنسي جـ ٦.

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/١٨٨)؛ و د. محمود جمال الدين، ص (٤٧)؛ و د. عبد الحي حجازي (١/١٣٠، ١٤١)؛ وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق فقرة ٥٠ وراجع في تفصيل ذلك، في د. فتحي عبد الرحيم، رسالته، شكلية العقود باللغة الفرنسية ص (٢٨) وما بعدها، و (Morandiere) المرجع السابق ص (١٨١ ـ ١٨٤).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (١/١٩٠)؛ و د. غني حسون، الوجيز (١/٧٢ ـ ٧٣)؛ و د فتحي عبد الرحيم رسالته السابقة ص ٢٨.

الكتابة شرط للإثبات، وليس شرطاً للانعقاد، وكذلك الشهر في بيع العقار، لأنَّه إجراء لاحق على انعقاد التصرف يقصد به اطلاع الغير، ومبنى هذه الأمور على أنَّه إذا كانت الكتابة أو الشهر ركناً في العقد بحيث لا ينعقد بدونه لا يعتبر العقد رضائياً وأما إذا لم تكن ركناً بل كان شرطاً للإثبات أو لحماية حقوق الغير فيعتبر العقد رضائياً، وتظهر ثمرة هذا التكييف في أنَّه إذا كانت الكتابة ـ مثلاً ـ ركناً في الاثبات فقط فإنَّ العقد غير المكتوب ينعقد وقد يثبت بالاقرار، أو اليمين، أما إذا كانت ركناً في الانعقاد فإنَّ العقد لا يعتبر موجوداً بدون تحققها[1].

٢ ـ العقد الشكلي:

هو ما لا ينعقد بمجرد التراضي بل لا بدَّ أن يتخذ التراضي فيه شكلاً معيناً يحدده القانون[2] وبعبارة أخرى ما كان الشكل الذي يحدده القانون ركناً فيه. والشكل في القوانين الحديثة يتخذ في الغالب صورة ورقة رسمية يدون فيها العقد أمام موظف عمومي أعد لذلك يسمى الموثق فيسمى عقداً رسمياً كعقد الرهن الرسمي (المادة ١٠٣١ م م) وكهبة العقار (المادة ٤٨٨ م م) وقد يقتصر الشكل على ورقة مكتوبة ولو عرفية كعقد الشركة[3] المادة (٥٠٧ م م) وكإنشاء الجمعية (المادة ٥٥ م م).

وهذا التعريف الذي أوردناه هو في الواقع للشكل في التشريعات الحديثة حيث يشير إلى أنَّ الشكل هو أحد الأركان الرئيسية للعقد بجانب التراضي فهو إذا كان لازماً فليس كافياً بوحده، وأمَّا الشكل في القانون الروماني القديم فكان كل أركان العقد، حيث إنَّ العبرة فيه بالشكل وحده دون الإرادة، فإذا تمَّ الشكل قام العقد ولو لم تكن الإرادة صحيحة ولذلك لا يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الرضا أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية، بخلاف الشكلية في التشريعات الحديثة[4] ثمَّ إنَّ القاعدة العامة والأصل في التشريعات الحديثة في العقود هي الرضائية، وأمَّا الشكل فهو ـ بالإضافة إلى أنَّه يختلف عمَّا كان عليه في القانون الروماني ـ استثناء وعلى مستوى ضيِّق يراد من خلال تقريره تنبيه المتعاقدين بخطر ما يقدمان عليه كما في الهبة، والرهن[5].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) د. محمود جمال الدين: المصدر السابق ص (٤٨)، والمصادر السابقة.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١)؛ و د. مالك دوهان، المرجع السابق (٨١/١) والمصادر السابقة.

(٤) انظر في ذلك د. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١) والمصادر السابقة.

(٥) د. السنهوري، الوسيط (١٨٩/١) ثمَّ ذكر عدَّة أحكام للقضاء المصري والفرنسي منها نقض مدني =

ثمَّ إذا كان العقد شكلياً يكون التوكيل بإبرامه شكلياً (المادة ٧٠٠ م م) وكذلك الوعد به (المادة ٢/١٠١ م م) وإجازته وتعديله[١].

ثمَّ إنَّ العقد الشكلي لا يستطيع أن ينال منه سلطان الإرادة بأن يجعله رضائياً فيبقى شكلياً مهما حاول المتعاقدان تخطي ذلك وهذا بخلاف العقد الرضائي الذي يستطيعان أن يتفقا على جعله شكلياً وذلك باشتراط الكتابة مثلاً في انعقاده فيصبح العقد حينئذٍ شكلياً لكن لا بنص القانون، بل بإرادة ـ المتعاقدين ـ ويكون الشكل ركناً لا يتم العقد إلَّا به هذا إذا ما نص المتعاقدان على ذلك أمَّا إذا لم ينصا على ركنية الكتابة ـ مثلاً ـ بل ذكراها كشرط دون التطرق إلى كونه شرطاً للانعقاد، أو للإثبات، وقام شك في تفسير قصدهما فإنَّ القضاء غالباً ـ في مصر وفرنسا ـ يتلمس من ظروف الواقع وحيثيات التعاقد قرينة على ترجيح أحد الفرضين على الآخر أمَّا إذا لم يهتد إلى قرينة فيرجح كونها للإثبات على كونها للانعقاد اعمالاً للقاعدة العامة في العقود وهي أنَّ الأصل فيها الرضائية[٢]. وتذهب بعض التشريعات والاتجاهات الفقهية والقضائية إلى ترجيح كونها شرطاً للانعقاد[٣]، غير أنَّ الراجح كما يقول الأستاذ السنهوري ـ هو أنَّه «لما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للإثبات لا للانعقاد، والراجح في القضاء المصري، والفرنسي يؤيد هذا الرأي»[٤].

خلاصة الباب التمهيدي:

أثمرت الفروع السبعة التي انبثقت من الجذر الأول أنَّ مبدأ سلطان الإرادة والرضاء لم يقرر كمبدأ عام في القانون الروماني طيلة عصوره حتى في عهد جوستنيان، وأنَّ القانون الكنسي قد اكتسب القوة القانونية لهذا المبدأ من الشريعة الإسلامية عبر عدَّة ممرات من أهمها الأندلس، وأنَّ الرضائية لما ظهرت كانت رد فعل عنيف للكبت الذي لاقته من القانون الروماني ولذلك كانت عنيفة وطاغية، بل كانت ثورة عارمة

= مصري في ٢٩ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٨ ص (٤٩١). وراجع (Morandiere) المرجع السابق ص (١٨١ ـ ١٨٤).

(١) راجع المصادر السابقة.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١)؛ و د. مالك دوهان: المصدر السابق (٨٠/١).

(٣) انظر في ذلك: د. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١٨٩/١). وعليه أحكام قضائية كثيرة منها نقض مدني مصري في ٣/٢٩/ ١٩٥١ مذكور في مجموعة أحكام النقض، رقم ٨٨ ص (٤٩١). وراجع: مورانديه، المرجع السابق ص (١٨١ ـ ١٨٤).

طغت في تقديسها ثمَّ بعد أن صقلتها التجارب والمشاكل قيدت بقيود معقولة، وكذلك لم تقرر الرضائية ـ كمبدأ عام ـ في القوانين البابلية والأشورية والمصرية القديمة وإن كانت الشكلية في هذه القوانين كانت أخف بكثير من القانون الروماني، ونطاقها فيها أضيق مما كانت عليه في القانون الروماني.

كما دلَّت هذه الفروع بأنَّ البشرية ظلَّت تكادح وتجاهد في سبيل الوصول إلى مبدأ الرضائية في العقود لكنها لم تهتد إليه مع أنها قد وصلت إلى قوانين متطورة نوعاً ما قبل الألف الثالث أو الرابع قبل الميـلاد إلَّا في القرن الخامس عشر، أو السادس عشر الميلادي، غير أنَّ الشريعة الإسلامية قد أقرَّت هذا المبدأ وبشكل لا إفراط فيه ولا تفريط كعادتها في الوسطية منذ أيام نزولها على النبي ﷺ.

وأمَّا ثمار الفروع الثلاثة للجذر الثاني فهي تتمثل في الوصول إلى تعريف جامع مانع للعقد في الفقه الإسلامي وبيان نزعته، ونزعات تعاريف القانون الفرنسي، والقانون الإنجليزي، ثمَّ الوصول إلى تحقيق دقيق في أقسام العقد، فقد وصل البحث بأنَّ العقد الفاسد، والعقد الموقوف ليسا مما استأثر به الفقه الحنفي بل هما موجودان في بقية المذاهب وإلى التحقيق في مبنى هذا الخلاف، وأنَّ الخلاف بين الجمهور والحنفية ليس خلافاً لفظياً ولا سيما في نطاق الفقه، وأنَّ كلام بعض المحدثين بأنَّ الباطل والفاسد مترادفان عند الحنفية في النكاح غير دقيق.

* * *

الباب الأول

تحقق الرضا

ويتوزع هذا الباب على ثلاثة فصول:

الفصل الأول : في حقيقة الرضا لغة، وشرعاً، وقانوناً.

الفصل الثاني : أركان الرضا في الفقه الإسلامي، والقانون.

الفصل الثالث : شروط الرضا في الفقه الإسلامي، والقانون.

الفصل الأول

حقيقة الرضا لغة، وشرعاً، وقانوناً

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول
التعريف بالرضا في اللغة

سنتناول فيه معنى الرضا ومبناه في اللغة، والفرق بينه، وبين «الرضاء» و «التراضي» وورود الرضا في القرآن الكريم، وفي السنة المطهرة.

أ ـ الرضا[1] لغة مصدر: رضي يرضى رضا ـ بكسر الراء وضمها ـ ورضواناً، ـ بالكسر والضم عند سيبويه ـ ويقال أرضيته إرضاء، وراضيته مراضاة، ورضاء، مثل وافقته

---

(١) الرضا ـ بالألف المقصورة هكذا في كتب اللغة التي اطلعنا عليها ـ فهو على قول من قال إنَّه مصدر رضو بالواو لا إشكال فيه، لكن على قول جمهور القائلين بأنَّه مصدر رضي يرضى فله تأويلان:
أولهما: أنَّ أصل «رضي يرضى» واوي وهذا مذهب الجوهري وجماعة من اللغويين، وقال بعضهم جاء فيه الأمران لصحة: «مرضي» بالياء و «مرضو» بالواو.
وثانيهما: أنَّ علماء الصرف أجازوا كتابة الألف التي تقع في المرتبة الثالثة بالألف مطلقاً قال ابن الحاجب في الكافية، ضمن مجموع المتون، ط. مصطفى الحلبي (ص ٥٥٦): «وأمَّا الألف الثالثة فإن كانت عن ياء كتبت ياء، وإلاَّ فبالألف، ومنهم من يكتب الباب كله بالألف. . . فإن كان منوناً فالمختار أنَّه كذلك، وقياس المازني بألف. . .».
انظر: لسان العرب لابن منظور (١٩/١٦٦٣)؛ والقاموس المحيط (٤/٣٢٦)؛ والمصباح المنير (١/٤٤٦).

موافقة، ووفاقاً وزناً ومعنى ويستعمل الرضا ومشتقاته متعدياً بنفسه، وبعن، وبالباء، وبعلى فيقال: رضيته، وارتضيته، ورضيت عنه، وعليه، وبه. قال الكسائي في سبب تعديته بعلى: لما كان «رضيت» ضد: «سخطت» عدي بعلى حملاً للشيء على نقيضه(١).

هذا وللرضا معانٍ كثيرة منها سرور القلب، وضد السخط، والكراهية(٢) ومنه قوله تعالى: ﴿أفَمَن اتَّبَعَ رِضْوَانَ اللَّه كَمَنْ باءَ بِسَخَطٍ منَ اللَّه﴾(٣)، وقوله ﷺ: «اللهمَّ إني أعوذ برضاكَ من سخطك»(٤).

وقال ابن الأثير: «الرضا والسخط من صفات القلب وهما متضادان وإذا حصل الرضا فقد حصل منه المحبة والإقبال»(٥).

ومنها طيب النفس وارتياحها، ومنه قوله تعالى: ﴿... راضيةً مرْضِيَّة...﴾(٦) ومنها الاختيار فيقال: رضيت الشيء - أي اخترته(٧)، ومنه قوله تعالى: ﴿ورضيتُ لكم الإسلَام ديناً﴾(٨).

ب - الفرق بين «الرضا» - المقصور - و«الرضاء» - بالمد - و«التراضي». فالأول مصدر محض معناه طيب النفس وارتياحها، أو الاختيار، أو خلاف السخط، وعلى ذلك فهو- كما قال ابن الأثير-(٩): «صفة نفسية قائمة بالقلب»، وليس من معناه المشاركة، بل هو معنى يتحقق بواحد وأكثر، فهو اسم لمطلق الماهية، دون ملاحظة المشاركة كما في الحديث: «أعوذ برضاك...»، و«رضاها صمتها»(١٠).

---

(١) لسان العرب (١٦٦٣/١٩) والمصادر السابقة أنفسها.

(٢) المصادر السابقة، وراجع: القصد والرجوع إلى الله للمحاسبي، ط. دار التراث العربي ص (٧٥).

(٣) سورة آل عمران: الآية ١٦٢. وراجع تفسير القرطبي (٢٦٢/٤).

(٤) الحديث رواه مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، ط. مصطفى الحلبي (٣٥٢/١).

(٥) لسان العرب لابن منظور (١٦٦٣/١٩).

(٦) سورة الفجر الآية ٢٨. وراجع تفسير القرطبي (٥٧/٢٠).

(٧) المصباح المنير (٢٤٦/١).

(٨) سورة المائدة: الآية ٣. وراجع تفسير القرطبي (٦٣/٦).

(٩) لسان العرب (١٦٦٣/١٩).

(١٠) هذا جزء من حديث رواه البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها أنَّها قالت: يا رسول الله: إنَّ البكر تستحي! قال: «رضاها صمتها».

انظر: صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح (١٩١/٩)؛ ومسند أحمد (٢٢٩/٣).

وأمَّا الرضاء ـ أي بالمد ـ فقد قال بعض اللغويين ـ منهم الأخفش ـ إنَّه اسم مصدر[1] لعملية الرضا، وعلى هذا فليس واقعة مزدوجة وقال آخرون مصدر لـ: راضي يراضي مراضاة ورضاء ـ مثل وفاق وزناً ومعنى[2].

قال أبو منصور: «إذا جعلت: «الرضا» بمعنى المراضاة فهو ممدود، وإذا جعلته مصدر: رضى يرضى فهو مقصور»[3].

فعلى هذا يكون معناه الوفاق والموافقة فيحتاج في تحققه إلى وجود رضائين أو أكثر، لأنَّه مصدر باب المفاعلة الذي يدل على المشاركة.

وأمَّا لفظ «التراضي» فهو حقيقة في المشاركة ولا يتحقق معناه إلاَّ إذا توفر رضاءان فأكثر، قال القرطبي وغيره في تفسير قوله تعالى: ﴿ . . . إلاَّ أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُم﴾[4] جاءت من التفاعل، إذ التجارة بين اثنين أي عن رضا كل منهما[5]. وذلك لأنَّ التراضي مصدر باب التفاعل الذي هو للمشاركة الحقيقية بين طرفين متساويين في الفعل. فلو قلنا تراضى خالد وماجد أو تصالحا. . . فقد دلَّ على أنَّ الفعل تعلق بكل واحد منهما على سبيل المساواة، وهذا بخلاف المشاركة من باب المفاعلة، حيث الفعل يسند إلى من يتعلق به على سبيل الكثرة، والغلبة، فلو قلنا: ضارب بكر عَمْراً دلَّ على المشاركة في تبادل الضرب بينهما، لكن نسبة الضرب من بكر لعمرو كانت أكثر، فلا بدَّ من مراعاته[6].

فعلى ضوء ما استعرضناه نصل إلى أنَّ الرضا ـ بالقصر ـ مصدر، وحقيقة في

---

(١) قال ابن الحاجب: المصدر، واسم المصدر يطلقان على شيئين متغايرين لفظاً ـ ولو بالحركة ـ أحدهما للفعل، والآخر للدلالة التي يستعمل بها الفعل، كالطهور ـ بضم الطاء ـ مصدر ـ أي عملية التطهير نفسها ـ وبالفتح اسم للماء الذي يتطهر به.

راجع: شرح التصريح على التوضيح مع حاشية الحمصي (٢/٦١ ـ ٦٢).

(٢) المصباح المنير (١/٢٤٦).

(٣) لسان العرب (١٩/١٦٦٤)؛ والقاموس المحيط (٤/٣٢٦).

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/١٥٣).

(٦) راجع لهذه المسألة: الكتاب لسيبويه، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧ م (٤/٦٩)؛ وشرح المفصل لابن يعيش، ط. عالم الكتب، بيروت (٧/١٥٨)؛ وشذا العرف للحملاوي ص (٤٥)؛ وهمع الهوامع للسيوطي (٢/١٦٢).

مطلق الرضا، وليس فيه أي دلالة على المشاركة. وأنَّ الرضاء ـ بالمد ـ عند بعض اللغويين ـ ومنهم الأخفش ـ اسم مصدر لعملية الرضا، دون أن يكون من معناه المشاركة، وأنَّ التراضي حقيقة في المشاركة يدل على الواقعة المزدوجة، هذا ما تلتزم به ولا نلتفت إلى ما قيل: إنَّ الرضا أيضاً يتكون من اندماج إرادتين. ـ أي أنَّه واقعة مزدوجة[1] فقد قال ابن عابدين وغيره: «إنَّ التراضي من الجانبين، والرضا من جانب واحد كالموجب، أو القابل»[2].

جـ ـ ورود الرضا في القرآن الكريم.

لقد ورد لفظ: «ر ض ى» ومشتقاته في القرآن الكريم ثلاثاً وسبعين مرة[3] منها

---

(١) لم يشر أحد ممن كتبوا من المحدثين في هذا الموضوع ـ حسب اطلاعي ـ إلى هذه التفرقة التي أوردناها. بل أكثر من ذلك فقد جانب بعض الباحثين الدقة حينما قالوا بأنَّ الرضا يختلف عن الإرادة في كونه يدل على المشاركة قال بحر العلوم في عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراة في كلية دار العلوم ص ١١٩: «إن الرضا هو تلاقي إرادتين... وقد يفهم من تعبير عيوب الرضا أن يشوب العيب إرادتين». وهو في ذلك تبع الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام، ط. المطبعة العالمية ١٩٥٥ م (١/٣٠٤) حيث قال: «إن الرضاء يتكون من اندماج إرادتين أي أنَّه واقعة مزدوجة مركبة... أي بخلاف الإرادة». وما قالوه لا يتفق مع مقتضى اللغة، حيث إنَّ الرضا ـ بالقصر ـ لا يدل على الاشتراك بإجماع أهل اللغة ـ كما سبق ـ فليس من معانيه الدلالة على واقعة مزدوجة، وإنما هو صفة نفسية ليس من لازمها المشاركة، فالرضا هنا كالإرادة، وأما الذي يدل على المشاركة فهو «التراضي» وأما «الرضاء» ـ بالمد ـ فلا يدل على المشاركة عند الأخفش وكثير من علماء اللغة، وهو الراجح لوقوع ذلك بهذا المعنى الانفرادي في نصوص كثيرة منها قوله ﷺ: «أسألك الرضاء بعد القضاء». رواه النسائي في سننه (٣/٤٧). وحتى لو قلنا بأن «الرضاء» يدل على المشاركة كما قال به بعض أهل اللغة، فإنَّه من غير المناسب استعماله في العقود، وذلك لأنَّ مشاركة باب المفاعلة لا تدل على مساواة المفاعلين فلا يقال: راضى زيد عمراً بالعقد كما يقال: تراضياً به، وذلك لأنَّ «مبنى العقود ـ كما يقول البيضاوي في الغاية القصوى (١/٤٩٠) ـ على تساوي المتعاقدين». والمشاركة في «الرضاء» من باب المفاعلة وهي لا تدل على المساواة، بل على أنَّ أحدهما قد تعلق به الفعل أكثر من الآخر. ثمَّ إن هذا المصدر ـ أي فِعال كالرضاء ـ ليس بلازم لباب المفاعلة قال الأزهري في شرح التصريح على التوضيح (٢/٧٦): واللازم عند سيبويه المفاعلة ـ كالمراضاة ـ وقد يتركون الفعال ـ كالرضاء ـ ولا يتركون المفاعلة قالوا: جالس في مجالسة، ولم يقولوا: جلاساً. وراجع المصادر اللغوية السابقة.

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/٥٠٧).

(٣) انظر: معجم ألفاظ القرآن الكريم مادة (ر ض ى) ص ٣٢١ ـ ٣٢٢.

بلفظ «تراض» في آيتين هما قوله تعالى: ﴿... فإنْ أرادا فِصَالاً عن تراضٍ منهما وتَشَاوُرٍ فلا جُناحَ عليهما...﴾[(١)]. وقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينَكُمْ بالبَاطِلِ إلَّا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُم﴾[(٢)]. وعند الرجوع إلى تفسير هذه اللفظة ومشتقاتها في كتب التفسير نجد أنَّها تدور حول معانيها اللغوية السابقة من طيب النفس، وارتياحها، وضد الكره والغضب، والسخط، وبمعنى الاختيار[(٣)]. غير أنَّهم قد أثاروا نقاشاً حول معنى «تراض» في قوله تعالى: ﴿... إلَّا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُم﴾[(٤)]. قال الطبري: اختلف أهل العلم في معنى التراض في التجارة، فقال بعضهم: هو أن يخير كل واحد من المتبايعين الآخر بعد العقد بين إمضاء البيع أو نقضه، أو يتفرقا بأبدانهما عن مجلسهما الذي تمَّ فيه البيع عن تراض بالعقد الذي تعاقداه. وقال آخرون: بل التراضي في التجارة تواجب العقد عن رضا من كل واحد منهما سواء افترقا أم لم يفترقا، تخايرا في المجلس أو لا. وعلة هذا القول هو أنَّ البيع إنما هو بالقول ونحوه»[(٥)] لكنَّ الظاهر أنَّ هذا الخلاف الفقهي ليس في أصل معنى «تراض» وإنما هو في تمامه ولزومه كما قال القرطبي: «اختلف العلماء في التراضي فقالت طائفة: تمامه وجزمه بافتراق الأبدان»[(٦)]ـ وبعبارة أخرى أنَّ هذا الخلاف راجع إلى ما يتحقق به التراضي الكامل وينجز به العقد، فقال فريق لا ينجز العقد إلَّا بعد المجلس، أو التخيير، فما دام مجلس العقد باقياً يبقى حق الفسخ لكل واحد من العاقدين، في حين ذهب الفريق الثاني إلى عدم الاعتداد بخيار المجلس، ولهذا يكفي لتمام التراضي القول فقط.

د. ورود «الرضا» في السنة المشرفة:

ورد «ر ض ى» وما يشتق منه كثيراً في الأحاديث الشريفة[(٧)] منها قوله ﷺ: «لا

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٣. وراجع تفسير القرطبي (٣/١٦٠)؛ والمفردات للراغب الأصفهاني، ط. دار المعرفة بيروت، مادة «رضى» (ص ١٩٧).

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩. وراجع تفسير القرطبي (١/١٥٣).

(٣) قال الراغب الأصفهاني في المفردات ص (١٩٧): ورضا العبد عن الله تعالى أن لا يكره قضاءه، ورضا الله تعالى عنه: أن يراه مؤتمراً لأمره ومنتهياً لنهيه، والرضوان الرضا الكثير، خص في القرآن بما كان من الله تعالى.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) جامع البيان للطبري (٨/٢٢٢)؛ وتفسير القرآن العظيم لابن كثير (١/٤٧٩).

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/١٥٣ ـ ١٥٦)؛ والأحكام لابن العربي، ط. عيسى الحلبي (١/٤٠٩).

(٧) انظر معجم ألفاظ السنة للمستشرق فنسك مادة «ر ض ى».

تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردَّها بعد أن يحلبها وصاعاً من تمر». ومعنى «إن رضيها» أي إن اختارها بدليل السياق وهو قوله: «بخير النظرين. . .»[1].

ومنها قوله ﷺ لعائشة: «إني لأعلم إذا كنتِ راضية. . . أو غَضبىٰ»[2]. وقوله ﷺ: «من كان له شريك في ربعة، أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك»[3]. ومعناه هنا إن أراد شريكه، أو شاء كما ورد بهذا اللفظ في رواية أخرى: «. . فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك»[4]. وقوله ﷺ: «لا يتفرقن عن بيع إلاَّ عن تراض»[5].

وبعد مراجعة الكثير من كتب الصحاح والسنن وشروحها نجد أنَّ الرضا ومشتقاته لا تخرج عن معانيها اللغوية السابقة.

المبحث الثاني
الرضا في الاصطلاح الشرعي

إنَّ للفظة «الرضا» باعتباره من الكيفيات النفسانية ارتباطاً وثيقاً بالإرادة، والاختيار، والنية، كما أنَّ لها جذوراً فلسفية تناولها علماء الكلام بالبحث والتعليق عند كلامهم عن صفة الإرادة، كما تطرق إليها علماء الأصول عند البحث عن المحكوم عليه وأهليته، بالإضافة إلى آثار ذلك في الفقه في مسائل الإكراه، ونحوه. . . . لذلك لا يمكن الوصول إلى فكرة متكاملة عن «الرضا» إلاَّ بعد أن نلقي بصيصاً من الضوء على ما قالوا حوله، وكذلك لا يمكن البحث عنه بمنأى عن نظيراته من الكيفيات النفسية. فعلى ضوء هذا نذكر في هذا المبحث التعريف بالرضا، والألفاظ ذات العلاقة به، وبيان العلاقة بينها ثمَّ نعرج نحو الجانب التطبيقي للنظريات الفقهية في تحديد العلاقة بين الرضا والاختيار، فحينئذٍ يتوزع المبحث على مطلبين:

---

(١) الحديث صحيح رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، مع فتح الباري (٤/٣٦١)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع (٣/١١٥٤)؛ وأبو داود في سننه، مع شرحه عون المعبود (٩/٣١٠).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، مع فتح الباري (٩/٣٢٥).

(٣) رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (٣/١٢٢٩).

(٤) رواه مسلم في صحيحه المصدر السابق نفسه.

(٥) رواه الترمذي في سننه، كتاب الإجارة، مع تحفة الأحوذي (٤/٤٥٤)، وأبو داود في سننه، كتاب الإجارة، مع عون المعبود (٩/٣٣٠).

المطلب الأول
التعريف بالرضا والألفاظ ذات العلاقة به

يدور الرضا داخل دائرة الكيفيات النفسية التي تحتل كل كيفية دائرة، وحلقة لا يمكن معرفتها إلَّا بمعرفة سائر حلقاتها لذلك سنتناول التعريف بالرضا، وبالإرادة، والاختيار، والنية، ثمَّ نذكر ما قاله علماؤنا في تحديد مراحل هذه الكيفيات النفسانية، ثمَّ تحديد العلاقة بين الرضا وغيره من هذه الألفاظ، ثمَّ الوصول إلى ما يفرزه هذا المطلب من نتائج وذلك من خلال الفقرات الآتية:

أولاً ـ معنى الرضا:

سبق أن ذكرنا أنَّ معناه اللغوي يدور حول: سرور النفس، وارتياحها، ومعنى الاختيار، وضد الكره والغضب والسخط، وأمَّا علماء الكلام فقد اختلفت وجهات نظرهم حولها فذهب جمهورهم بما فيهم الأشاعرة إلى أنَّ الرضا هو ترك الاعتراض[1]، قال المحقق السيد الشريف: الرضا عند الأشاعرة ترك الاعتراض، وعند المعتزلة هو الإرادة، فالكفر إرادة الله وليس مرضياً عنده لأنَّه يعترض عليه قال تعالى: ﴿ولا يرضَى لعبادِهِ الكُفر﴾[2]. وأمَّا عند المعتزلة فليس مقصوداً له[3]، وفرق بعض الأشاعرة بين الرضا من الله تعالى، والرضا من العباد حيث إنَّه من الله تعالى: إرادة الثواب، ومن العباد ترك الاعتراض[4]. وهذا الخلاف بين الأشاعرة والمعتزلة في معنى الرضا نابع من فلسفة كل فريق، فالأشاعرة يقولون: إنَّ إرادة الله تعالى تتعلق بالشر بحيث تخصصه فيكون من الطبيعي أن لا يتعلق رضاه به لنص الآية وأمَّا المعتزلة فلما قالوا بأنَّ إرادته تعالى أيضاً لا تتعلق بالشر ولا تتوجه إليه أصبحت مثل الرضا الذي لا يتعلق بالشر، لأنَّهم يقولون بوجوب الأصلح على الله تعالى[5].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك: شرح المواقف، للمحقق العلامة السيد شريف علي بن محمد الجرجاني (ت ٨١٦ هـ) مع حاشية السيالكوتي وحسن الجلبي، ط. أولى سنة ١٣٢٥ هـ ١٩٠٧ م بمطبعة السعادة مصر (٨١/٧ وما بعدها)؛ وكشاف مصطلحات الفنون للتهانوي، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٢ (٨٨/٣)؛ وشرح المطالع للأصفهاني ص (١٩٤)؛ وشرح المقاصد للعلامة سعد الدين التفتازاني (١٧٤/١).

(٢) سورة الزمر: الآية ٧.

(٣) شرح المواقف (٨١/٧ وما بعدها)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٨٨/٣).

(٤) شرح الطوالع ص (١٩٤) والمصادر السابقة.

(٥) المصادر السابقة.

ويقول الغزالي: اعلم أن الرضا ثمرة من ثمار المحبة، والحب عبارة عن ميل الطبع إلى الشيء الملذ، والبغض عبارة عن نفرة الطبع عن المؤلم المتعب، والرضا والكراهة متضادان[1].

وأما تعريف الرضا عند علماء الأصول والفقه فقد عرفه الحنفية بأنَّه عبارة عن امتلاء الاختيار - أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها[2] وبعبارة أخرى لخصها التفتازاني وابن عابدين، والرهاوي منهم: - «هو إيثار الشيء واستحسانه»[3].

وعرفه الجمهور بأنَّه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه[4].

فعلى ضوء هذا فإنَّ الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور، فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى بالرضا عند الجمهور وإن لم يظهر أثر سروره، أو لم يكن قصده متجهاً إلى ما هو أحسن وأفضل، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلَّا بعد أن يظهر أثر سروره على وجهه، أو أن يكون مستحسناً ومفضلاً عنده.

ثانياً: معنى الإرادة:

هي لغة مصدر أراد، وأصله عن راد يرود روداً فيقال: راد فلان إذا سعى في

---

(١) إحياء علوم الدين للغزالي، ط. عيسى الحلبي (٤/٣٣٣، ٣٤٢، ٢٨٨).

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوي، لعبد العزيز البخاري (٤/٣٨٢)؛ مجامع الحقائق للخادمي ص (٢٩٨).

(٣) التلويح على التوضيح للتفتازاني، ط. محمد علي صبيح بمصر (٢/١٩٥)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/٥٠٧)؛ وحاشية الرهاوي على شرح المنار ص (٢٩٨)؛ وتيسير التحرير لأمير بادشاه، ط. الحلبي (٢/٢٩٠).

(٤) هـذا التعريف يستفاد من كتبهم. فراجع: مواهب الجليل للحطاب (٤/٢٤٥)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٩)؛ والوسيط للإمام الغزالي، مخطوطة دار الكتب ٢١٢ فقـه شافعي ورقة (١١٧، ١٧٨)؛ وفتاوي السيوطي، ضمن مجموعة رسائله، مخطوطة بالأزهر تحت رقم ١٣١ فقه شافعي ورقة (١٤٣)؛ وحاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى على المنهاج (٢/١٥٦)؛ وتحفة المحتاج (٤/٢٢٩)؛ ونهاية المحتاج (٦/٣٣٤)؛ وكشاف القناع للبهوتي (٢/٥)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٥٨)؛ والمكاسب للأنصـاري الامامي ص (١١٨).

طلب شيء[1]. قال ثعلب: الإرادة تكون محبة وغير محبة، وبمعنى القصد[2] وقال الفيومي: هي الطلب والاختيار[3]. وقال الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ): «الإرادة في الأصل قوَّة مركبة من شهوة، وحاجة، وأمل، وجعل إسماً لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنَّه ينبغي أن يفعل، أو لا يفعل، ثمَّ يستعمل مرة في المبدأ وهو نزوع النفس إلى الشيء، وتارة في المنتهى وهو الحكم فيه بأنَّه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل فإذا استعمل في الله فإنَّه يراد به المنتهى، وهو الحكم، أو ما شابه ذلك»[4]، ثمَّ استشهد ببعض آيات من القرآن الكريم وذكر معانيها فقال: «فمعنى قوله تعالى: ﴿إنْ أرادَ بكُم سُوءاً أو أرادَ بكم رحمة﴾[5]، أي إن حكم... وقد تذكر الإرادة ويراد بها القصد مثل قوله تعالى: ﴿... لا يُـريدونَ علواً في الأرضِ ولا فسَاداً﴾[6]، أي لا يقصدونه ولا يطلبونه...»[7].

هذا وقد عرف علماء الكلام الإرادة بأنَّها: صفة تقتضي رجحان أحد المقدورين على الآخر[8].

غير أنَّ خلافاً وقع بينهم في أنَّ الإرادة هل تقتضي وجود اعتقاد النفع أو لا؟ فأجاب المعتزلة بنعم، والأشاعرة بلا. قال المعتزلة: إنَّ نسبة القدرة إلى طرفي الفعل على السوية، فإذا حصل اعتقاد النفع، أو ظنه في أحد طرفيه ترجح على الآخر عند

(١) لسان العرب لابن منظور (٢٠/١٧٧٢)؛ والقاموس المحيط (١/٣٠٧)؛ والمصباح المنير (١/٢٦٣)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٣/٣٢)؛ والمفردات للراغب الأصفهاني ص (٢٠٦) وذكر معنى آخر للرود وهو التردد في طلب الشيء برفق.

(٢) لسان العرب (٢٠/١٧٧٢) والمصادر السابقة.

(٣) المصباح المنير (١/٢٦٣).

(٤) المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني (ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧).

(٥) سورة الأحزاب: الآية ١٧.

(٦) سورة القصص: الآية ٨٣.

(٧) المفردات في غريب القرآن ص (٢٠٦ ـ ٢٠٧). وراجع: روح المعاني للآلوسي (١/٢٠٨)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٣/٣٢).

(٨) راجع في تفصيل هذه المسألة: المواقف للقاضي عضد الدين الإيجي، مع شرحه للسيد شريف مع حاشيتي السيالكوتي والحلبي (٧/٨١) وما بعدها؛ ومطالع الأنوار للأصفهاني ص (٣٧١)؛ والطوالع للبيضاوي ص (٣٧١)؛ وغاية المرام للآمدي ص (٥٦)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٣/٣٢)؛ والفقه الأكبر للإمام أبي حنيفة، مع شرحه للقاريء ص (١٩)؛ والمغني في أبواب العدل والتوحيد، للقاضي عبد الجبار المعتزلي (٦/٥٤ ـ ٥٥)؛ وشرح المقاصد للتفتازاني (١/١٧٤)؛ والتعريفات للسيد الشريف ص (١١).

القادر وتوجهت إليه قدرته، وقال بعضهم: إنَّ الإرادة ميل يعقب اعتقاد النفع، أو ظنه، لأنَّ القادر كثيراً ما يعتقد النفع، أو يظنه ولا يريده ما لم يحدث هذا الميل، كما أنَّ الكراهة نفرة تتبع اعتقاد الضرر، أو ظنه، فإنا نجد في أنفسنا ـ بعد اعتقاد: أنَّ الفعل الفلاني، فيه جلب نفع، أو دفع ضر ـ ميلاً مترتباً على ذلك الاعتقاد[1].

وأما الأشاعرة فقالوا: إنه لا تلازم بين الإرادة وبين اعتقاد النفع، أو ميل يتبعه، فضلاً من أن تكون نفسه فقد يرجح الإنسان أحد الأمرين المتساويين في جميع الوجوه بمجرد إرادته من غير توقف على طلب المرجع واعتقاد نفع في ذلك كالهارب من السبع إذا ظهر له طريقان متساويان في الوصول إلى النجاة، فإنه يختار أحدهما بإرادته، ولا يتوقف ذلك على ترجيح أحدهما لنفع يعتقده فيه، ولا على ميل يتبعه[2].

ثمَّ إنَّ بعض المتكلمين من الأشاعرة ذكروا أنَّ إرادة الشيء تقتضي كراهية ضده وهذا ما ذهب إليه القاضي أبو بكر الباقلاني، وحجة الإسلام الغزالي فذكرا أنَّ إرادة الشيء تستلزم كراهية ضده المشعور به إذ لو لم يكن ضده مشعوراً مكروهاً بل مراداً لزم إرادة الضدين وهو محال[3]، بل أكثر من ذلك ذهب الشيخ حسن الأشعري إلى أنَّ إرادة الشيء هو كراهية ضده بعينها، وذهب النجار من المعتزلة إلى أنَّ الإرادة خلاف الإكراه، فمعنى كونه مريداً أي عدم كونه مكرهاً[4]. وقد رد عليهم الآمدي بقوله: «ولا تفسر الإرادة بعدم الإكراه، والكراهية، لأنَّ كثيراً من الأشياء قد تنتفي عنه الكراهية، والإكراه، ومع ذلك لا موجب لكونه مريداً، كما أنَّ الإرادة قد تتحقق مع وجود الكراهية، في حالة شرب الدواء المفيد مع كونه مراً»[5]. فعلى هذا فالإرادة لا تقتضي الشهوة، كما أنَّ الكراهية لا تستلزم النفرة الطبيعية، بل بينهما عموم وخصوص من وجه[6].

وأمَّا الإرادة في عرف الفقهاء فهي بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه[7]،

---

(١) شرح المواقف (٧/٨١)؛ ومطالع الأنوار ص (٣٧١)؛ وشرح المقاصد (١/١٧٤)؛ والمغني (٦/٥٤٠٠٠).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) شرح المقاصد (١/١٧٤)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٣/٣٣)؛ والمصادر السابقة.

(٤) شرح المواقف (٧/٨٢).

(٥) غاية المرام ص (٥٦).

(٦) كشاف مصطلحات الفنون (٣/٣٤).

(٧) انظر: البحر الرائق (٢/٣٢٢)؛ وحاشية البجيرمي على منهج الطلاب، طبعة المكتبة الإسلامية =

قال التهانوي: وقد يراد بالإرادة مجرد القصد عرفاً، ومن هذا القبيل إرادة المعنى من اللفظ[1].

ثالثاً ـ معنى الاختيار:

الاختيار في اللغة هو الاصطفاء والإيثار، والانتقاء، والتفضيل[2]. وذكر الراغب والتهانوي أن الاختيار في اللغة: ترجيح شيء، وتقديمه، واصطفاؤه وطلب ما هو خير، وفعله[3]. ومنه قوله تعالى: ﴿ولقد اخترنَاهُم على عِلْمٍ على العالمينَ﴾[4]، أي قدَّمناهم على غيرهم وفضَّلناهم على عالمي زمانهم[5]. وقوله تعالى: ﴿ وربُّكَ يخلُقُ ما يَشاءُ ويختارُ ما كانَ لَهُم الخِيرَةَ﴾[6]، أي يصطفيه لرسالته[7]. وقوله تعالى: ﴿واختار موسَى قَومه سبعينَ رجلاً لميقاتِنَا﴾[8]، أي انتقى منهم سبعين رجلاً ورأى أنَّهم أفضل لحضور الميقات[9]. وفي الحديث الشريف: «تخيروا لنطفكم»[10]، أي اطلبوا ما هو خير المناكح، وأزكاها، وأبعد من الخبث، والضعف وأفضل ديناً، ونسباً، وخلقة وخلقاً[11].

والاختيار في عرف علماء الكلام هو ترجيح أحد الشيئين مع تفضيله على الآخر[12]. قال القاضي عضد الدين: «المختار ينظر إلى الطرفين، ويوازن بينهما، ثمَّ

= بديار بكر تركيا (٤/٥)؛ والمقنع، ط. المطبعة السلفية (١٤٣/٣). وراجع: الموسوعة الفقهية إصدار وزارة الأوقاف بالكويت مادة إرادة (٥/٣).

(١) كشاف مصطلحات الفنون (٣٣/٣).

(٢) انظر: لسان العرب (١٢٩٨/٥)؛ والقاموس المحيط (٢٦/٢)؛ والمصباح المنير (١٩٩/١)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (١٩٥/٢).

(٣) المفردات في غريب القرآن ص (١٦٠ ـ ١٦١)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (١٩٥/٢).

(٤) سورة الدخان: الآية ٣٢.

(٥) المفردات في غريب القرآن ص (١٦١).

(٦) سورة القصص: الآية ٦٨.

(٧) المفردات في غريب القرآن ص (١٦١).

(٨) سورة الأعراف: الآية ١٥٥.

(٩) وراجع تفسير القرطبي (٢٩٤/٧).

(١٠) الحديث رواه ابن ماجه في سننه (٦٣٣/١)؛ والدارقطني في سننه (٢٩٩/٣)؛ وراجع تلخيص الحبير (١٤٦/٣).

(١١) انظر: لسان العرب (١٢٩٨/١٥)؛ وتلخيص الحبير (١٤٦/٣).

(١٢) انظر في تفصيل ذلك: المواقف مع شرحه، وحاشيتي السالكوتي والحلبي (٨١/٧٠٠)؛ وكشاف =

يفضل أحدهما على الآخر، بخلاف المريد الذي ينظر إلى طرف واحد دون تفضيل»[1]. وقال الراغب الأصفهاني: «والمختار في عرف المتكلمين يقال لكل فعل يفعله الإنسان لا على سبيل الإكراه، فقولهم: هو مختار في كذا، فليس يريدون به ما يراد بقولهم: فلان له اختيار، فإنَّ الاختيار أخذ ما يراه خيراً»[2] فعلى هذا فالمختار في عرفهم أعم من حيث الاصطلاح من الاختيار غير أنَّ هذا الفرق لم يسلم له كثير من علماء المتكلمين لأنَّ المختار ـ اسم فاعل أو اسم مفعول ـ مشتق من اختار فيحتاج إثبات الفرق بينهما إلى اصطلاح خاص[3].

وأمَّا الاختيار في عرف الأصوليين والفقهاء فهو محل خلاف كبير بين الحنفية والجمهور فعرفه الحنفية بأنَّه: «القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر»[4]. ولخص هذا التعريف بعضهم بقولهم: الاختيار: «القصد إلى الشيء وإرادته»[5]. ثمَّ الاختيار عندهم إمَّا صحيح وهو أن يستقل الفاعل في قصده دون أن يقع عليه تأثير من أحد. وإمَّا فاسد وهو أن يكون اختياره مبنياً على اختيارِ آخر وذلك بأن يقع تحت تهديد وإكراه، ثمَّ إن كان هذا التهديد بتفويت نفس، أو عضو غلب على ظن المستكرَه وقوعه من المكرِه يصبح اختياره فاسداً، لابتنائه على اختيار المكرِه لكنه مع ذلك لا ينعدم به، لأنَّه لا يزال القصد باقياً، حيث اختار ما هو الأهون عليه، أما إذا كان الإكراه ليس بهذه القوة بل كان بشيء يتحمله المستكرَهُ مع مشقة مثل ضرب خفيف أو حبس أو نحو ذلك لم يفسد اختياره فالإكراه لا ينافي الاختيار مطلقاً عند الحنفية لبقاء القصد مطلقاً[6].

= مصطلحات الفنون (٢/١٩٣ ـ ١٩٧، ٣/٣٣)؛ والبحر المحيط للزركشي، مخطوطة دار الكتب رقم ١٠١ أصول تيمور (جـ ١ ورقة ١١٤).

(١) المواقف مع شرحه (٧/٨١).

(٢) المفردات في غريب القرآن (ص ١٦١).

(٣) المواقف مع شرحه وحاشيتي السيالكوني والحلبي (٧/٨١)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٢/٢/١٩٣، ٣/٣٣).

(٤) كشف الأسرار (٤/٣٨٣)، وشرح التوضيح على التلويح (٢/١٩٦)؛ ورد المحتار على الدر المختار (٤/٥٠٧)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٩٠).

(٥) تيسير التحرير (٢/٢٩٠)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/٥٠٧).

(٦) المصادر السابقة، وتقويم الأدلة لأبي زيد الدبوسي، مخطوطة دار الكتب رقم ٢٥٥ أصول الفقه ص (٩١٠).

وعرف الجمهور ـ أي ما عدا الحنفية ـ: الاختيار بأنَّه القصد إلى الفعل وتفضيله على غيره بمحض إرادته[1]. فعلى ضوء هذا فهو ينافي الإكراه[2].

رابعاً ـ معنى النية:

النية ـ بكسر النون وتشديد الياء المفتوحة، أو تخفيفها ـ في اللغة القصد، وعزم القلب قال الأزهري: «مأخوذ من قولك: نويت بلدة كذا ـ أي عزمت بقلبي قصده ـ فالنية عزم القلب على عمل...»[3].

وأمَّا في اصطلاح الأصوليين والفقهاء فقد ثار حول تعريفها جدل كثير، فعرفها الغزالي في الوسيط[4]، وعز الدين بن عبد السلام[5]، والنووي[6]، وغيرهم[7]: بأنها: القصد.

فعلى ضوء هذا يكون التعريف عاماً لكل قصد سواء كان قصد خير أو شر غير أنَّه اعترض عليه بأنَّه غير مانع، لأنَّ القصد أعم من النية حيث يتصور القصد ـ كما يقول السهيلي ـ من المكره على الطاعة، والنية هي القصد إلى الامتثال، وهذا لا يتصور مع الإكراه[8].

وعرفها البيضاوي بأنها: عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً لغرض من جلب نفع، أو دفع ضر حالاً أو مآلاً، ثمَّ قال: والشرع خصصها بالإرادة المتوجهة نحو

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب (٢٤٥/٤)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٩/٥)؛ وفتاوى السيوطي، مخطوطة الأزهر رقم ١٣١ فقه شافعي ورقة (١٤٣)؛ وتحفة المحتاج (٢٢٩/٤)؛ وشرح الكوكب المنير، لابن نجار الحنبلي (٥٠٩/١)؛ وكشاف القناع (٥/٢)؛ والإنصاف (٢٦٥/٤)؛ والمحلي لابن حزم (٢٥٨/٩)؛ والمكاسب لمرتضى الأنصاري الإمامي ص (١١٨).

(٢) المصادر السابقة أنفسها.

(٣) لسان العرب (٤٥٨٨/٥١)؛ والقاموس المحيط (٤٠٠/٤)؛ والمجموع للنووي (٣٠٩/١).

(٤) الوسيط بتحقيقنا، ط. دار الاعتصام ١٩٨٣ (٥٩٦/٢).

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١٨٥/١).

(٦) المجموع (٣٠٩/١).

(٧) وراجع: الأشباه لابن نجيم ص (٢٩)؛ والفروق للقرافي (١٧٨/١)؛ والقواعد لابن رجب ص (١٢٣)؛ وأعلام الموقعين لابن القيم (١١١/٣)؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي، مخطوطة الإسكندرية بمكتبة البلدية رقم (١١٨١ ب) فقه شافعي ورقة (١٦).

(٨) البحر المحيط للزركشي، مخطوطة دار الكتب رقم ١٠١ أصول تيمور (جـ ١ ورقة ١١٣).

الفعل لابتغاء رضاء الله، وامتثال حكمه[1]. وهذا التعريف اختاره السيوطي[2] وقد تبعه في ذلك التفتازاني فقال: النية: قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل. وهذا ما اختاره ابن نجيم[3]، وابن عابدين[4]، وغيرهما[5]. ويلاحظ على تعريف البيضاوي والتفتازاني بأنه ـ في نظرنا ـ غير جامع للإرادة المتوجهة نحو الترك لابتغاء مرضاة الله تعالى ولا شامل للإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضاء غير الله تعالى. وقد أجاب ابن نجيم عن الاعتراض الأول بأنَّ التروك كترك المنهي عنه لا تحتاج إلى النية للخروج عن عهدة النهي، وأما لحصول الثواب بأن كان كفاً ـ وهو أن تدعو النفس إليه قادراً على فعله فيكف نفسه عنه خوفاً من الله تعالى ـ فهو مثاب[6]، أي يكون حينئذٍ فعلاً فيشمل التعريف، غير أنَّه يبقى الاعتراض الثاني قائماً، ولا يمكن تأويله، ولا إنكار أنَّ القصد إلى فعل الشر ابتغاء مراضاة نفسه أو لأي مصلحة يبتغيها، أو القصد إلى فعل وإن كان خيراً، لكنه لا يريد به وجه الله تعالى يعتبر نية مع أنَّ التعريف غير جامع له، والدليل على كون كل ذلك من النيات قوله ﷺ: «إنَّما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت إلى دنيا يصيبها، أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»[7]. فقد جعل الرسول ﷺ النية من الهجرة شاملة لنية ابتغاء رضاء الله تعالى ونية ابتغاء الحصول على الدنيا، أو على المرأة.

والتحقيق ـ في نظرنا ـ أنَّ النية ليست القصد إلى الفعل فحسب وإنَّما هي الباعث من القصد إلى الفعل، فالمصلي حينما يصلي قد قصد فعل الصلاة، لكن ما هو الباعث على أن يتجه قصده إلى هذا الفعل هل هو رضاء الله تعالى، أم الرياء؟ هذه هي النية فقد ذكر الإمام الغزالي في فتاواه، تحقيقاً رائعاً في هذا الموضوع ننقله لأهميته

---

(١) فتح الباري، ط. السلفية (١٣/١).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣).

(٣) الأشباه والنظائر ص (٢٩).

(٤) رد المحتار على الدر المختار (١٠٥/١).

(٥) نهاية الأحكام في بيان ما للنية من أحكام، ط. بولاق ١٩٣٠ ص (٧).

(٦) الأشباه لابن نجيم ص (٢٩).

(٧) الحديث رواه الجماعة بطرق كثيرة تربو على سبعين طريقاً. انظر: صحيح البخاري، مع فتح الباري (١٢/١)؛ ومسلم (١٥١٥/٣)؛ وسنن أبي داود، مع عون المعبود (٢٨٤/٦)؛ والنسائي (٥١/١)؛ وابن ماجه (١٤١٣/٢). وراجع تلخيص الحبير (٥٤/١).

فقال: «أمر النية سهل في العبادات، وإنما يتعسر بسبب الجهل بحقيقة النية، فحقيقة النية القصد إلى الفعل وذلك مما يصير به الفعل اختيارياً كالهوى إلى السجود فإنَّه يكون تارة بقصد، وتارة يكون بسقوط الإنسان على وجهه بصدمة، فهذا القصد يضاده الاضطرار، والقصد الثاني كالعلة لهذا القصد، وهو الانبعاث لإجابة الداعي كالقيام عند رؤية إنسان قصدت احترامه فقد نويت تعظيمه، وإن نويت الخروج إلى الطريق فقد نويت الخروج فالقصد إلى القيام لا ينبعث من النفس إلَّا إذا كان في القيام غرض فذلك الغرض هو المنوي، والنية إذا أطلقت في الغالب أريد بها: انبعاث القصد موجهاً إلى ذلك الغرض، فالغرض علَّة، وقصد الفعل لا ينفك عند الخطر، إذ اللسان لا يجري عليه كلام منظوم اضطراراً والفكر قد ينفك عن النية، فهذا يفيدك أنَّ النية عبارة عن إجابة الباعث المتحرك فهذا تحقيق نوعي القصد، فالقصد الأول يستدعي علماً، فإن من لا يعلم القيام، ولا التكبير لا يقصده. والقصد الثاني أيضاً يستدعي العلم بأنَّ الغرض إنما يكون باعثاً في حق من علم الغرض فيرجع إلى الثاني وهو النية وهي خاطرة واحدة ليس فيها تعدد حتى يعسر جمعها. . .»[1].

وعلى ضوء ما سبق عرف الزركشي النية بأنَّها: «ربط القصد بمقصود معين»[2] أي ربط القصد إلى الفعل أو إلى الترك بغرض معين وهو أن يكون ابتغاء وجه الله تعالى أو ابتغاء غيره وقيده بكونه معيناً، لأنَّه إذا لم يكن معلوماً ومعيناً لا تتعلق به النية قال الغزالي: «ولكن شرط النية الإحاطة بصفات المقصود»[3] قال العز: «النية قصد لا يتصور توجهه إلَّا إلى معلوم أو مظنون فلا تتعلق بمشكوك فيه وكذلك لا تتعلق بالموهوم، ولا بدَّ أن يكون جزمها مستنداً إلى علم أو اعتقاد، أو ظن»[4].

خامساً ـ ما قاله علماؤنا حول مراحل تلك الكيفيات النفسية:

لقد جال الإمام الغزالي رحمه الله (ت ٥٠٥ هـ) مع هذه الكيفيات النفسية جولات في غاية الدقة والعمق فبيَّن مراحلها، وأزاح الغموض عنها[5] نذكرها بإيجاز

(١) إحياء علوم الدين للغزالي، ط. عيسى الحلبي (٤/٣٥٣ ـ ٣٥٥)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٣/٢٨٤ ـ ٢٨٥).

(٢) المنثور في القواعد (٣/٢٨٤).

(٣) الوسيط بتحقيقنا (٢/٥٩٦)؛ وراجع القواعد للعز بن عبد السلام (١/١٨٥).

(٤) قواعد الأحكام (١/١٨٥)؛ وراجع القواعد لابن رجب ص (١٢٣).

(٥) إحياء علوم الدين (٤/٣٥٣ ـ ٣٥٤).

فقال: «اعلم أنَّ النية والإرادة، والقصد عبارات متواردة على معنى واحد، وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران: علم وعمل، العلم يتقدمه، لأنَّه أصله وشرطه، والعمل يتبعه لأنَّـه ثمرته، وفرعه، وذلك لأنَّ كل عمل إختياري لا يتم إلَّا بثلاثة أمور: علم، وإرادة، وقدرة، فلا تتحقق الإرادة إلَّا بعد العلم، لأنَّ الإنسان لا يريد ما لا يعلمه، فلا بد وأن يعلم، ولا يعلم ما لم يرد، فلا بدَّ من إرادة ومعنى الإرادة انبعاث القلب إلى ما يراه موافقاً للغرض إما في الحال، أو في المآل، فقد خلق الإنسان بحيث يوافقه بعض الأمور، ويلائم غرضه، ويخالفه بعض الأمور فيحتاج إلى جلب الملائم الموافق إلى نفسه، ودفع الضار المنافي عن نفسه فافتقر بالضرورة إلى معرفة، وإدراك للشيء المضر، والنافع حتى يجلب هذا، ويهرب من هذا... ثمَّ إنَّ هذه المعرفة لا تكفي بوحدها بل لا بدَّ من ميل إليه ورغبة فيه وشهوة له باعثة عليه، إذ المريض يرى الغذاء ويعلم أنَّه موافق لكنه لا يمكنه التناول لعدم الرغبة والميل ولفقد الداعية المحركة إليه، فخلق الله الميل، والرغبة والإرادة، وأعني به نزوعاً في نفسه إليه، وتوجهاً في قلبه إليه.

ثمَّ إنَّ ذلك أيضاً لا يكفيه، فكم من مشاهد طعاماً راغب فيه مريد تناوله لكنه عاجز عنه لكونه زمناً فخلقت له القدرة والأعضاء المتحركة حتى يتم به التناول[1].

فعلى هذا فالعضو لا يتحرك إلَّا بالقدرة ـ والقدرة تنتظر الداعية الباعثة ـ والداعية تنتظر العلم والمعرفة أو الظن والاعتقاد.

وبعبارة أخرى: يبدأ العمل ـ ومنه العقد ـ بالعلم والمعرفة فإذا ثبت العلم بأنَّ الشيء موافق، ولا بدَّ أن يفعل وسلمت عن معارضة باعث آخر صارف عنه انبعثت الإرادة وتحقق الميل، فإذا انبعثت الإرادة انتهضت القدرة لتحريك الأعضاء فالقدرة خادمة للإرادة، والإرادة تابعة لحكم الاعتقاد والمعرفة، فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإمَّا في المآل فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب، وهو الباعث، والغرض الباعث هو المقصد المنوي، والانبعاث هو القصد والنية[2].

وبهذا التحليل الدقيق سبق الإمام الغـزالي كل علماء النفس الذين تكلموا عن

(١) إحياء علوم الدين (٤/٣٥٣ ـ ٣٥٤).

(٢) إحياء علوم الدين (٤/٣٥٤).

هذه المراحل(١). وأكثر من ذلك فقد بيَّن علماؤنا مراحل النفس بغاية من الدقة فقد ذكر الإمام ابن السبكي ترتيباً دقيقاً للكيفيات النفسانية فقال: «الذي يقع في النفس من قصد المعصية على خمس مراتب وهي:

١ ـ الهاجس وهو ما يلقي في النفس.

٢ ـ والخاطر، وهو جريانه فيها.

٣ ـ وحديث النفس، وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أو لا.

٤ ـ والهم وهو ما يرجح قصد الفعل.

٥ ـ والعزم وهو قوَّة ذلك القصد والجزم، فإنَّ العزم في اللغة الجد وعقد القلب..»(٢).

ثمَّ قال: «فالهاجس لا يؤاخذ به إجماعاً، لأنَّه ليس من فعله، وإنما هو شيء ورد عليه لا قدرة له عليه، ولا صنع. والخاطر الذي بعده كان قادراً على دفعه بصرف الهاجس أول وروده، ولكنه هو وحديث النفس مرفوعان بقول النبي ﷺ: «إنَّ الله تجاوز لأمتي عمَّا حدثت أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم»(٣). وإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق أولى، فهذه المراتب الثلاث لا يترتب عليها شيء من الثواب، ولا من العقاب وذلك لعدم وجود القصد فيها، وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح بأنَّه: «من هم بحسنة فلم يعملها كتبت له حسنة، ومن هم بحسنة فعملها كتبت له عشراً إلى سبعمائة ضعف، ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب»(٤). وأمَّا العزم فالمحققون على أنَّه مؤاخذ به(٥)، ولا يخفى أنَّ العزم هو القصد المؤكد(٦) على الفعل والذي لا يقف

---

(١) نقل الأستاذ الدكتور السنهوري، نظرية العقد (ص ١٤٩) عن الفيلسوف لار (Lahr) في كتابه: الفلسفة، ط ٢٤ سنة ١٩٢٣ (٢١٦/١) المراحل المختلفة للإرادة وهي قريبة جداً عمَّا قاله الغزالي، «وهي أنَّ الإرادة يسبقها عملان تحضيريان، ويليها عمل تنفيذي، فأوَّل مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين وهذا هو الإدراك ثمَّ يلي ذلك مرحلة التدبير فيزن الشخص الأمر ويتدبره، ثمَّ تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه وهذه هي الإرادة فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلاَّ مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ التي تنتقل منها إلى إحداث أثر قانوني».

(٢) المسائل الحلبية لابن السبكي، مخطوطة مكتبة البلدية بالإسكندرية رقم ٢١٤٩ جـ ١ ورقة (١١).

(٣) الحديث صحيح رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان (١١٦/١).

(٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان (١١٨/١).

(٥) المسائل الحلبية ورقة (١١).

(٦) التمهيد للأسنوي ص (٧٠).

دونه شيء سوى مانع يحول بينه وبين فعله فيكون معاقباً على العزم على المعصية(١).

فعلى ضوء هذا يقف العزم الذي يشمل النية والإرادة في آخر سلم الكيفيات النفسانية، حيث يبدأ العمل النفسي بالهاجس ثمَّ يتطور إلى القصد ثمَّ الإرادة التي ترجح أحد المقدورين على الآخر، ثمَّ الغرض من هذا الترجيح وهو النية:

سادساً ـ تحديد العلاقة بين الرضا والإرادة، والنية، والاختيار:

أ ـ تحديد العلاقة بين الرضا والإرادة:

سبق أن ذكرنا أنَّ الإرادة عند الأشاعرة أعم من الرضا حيث إنَّ إرادة الله تعالى تتعلق بالخير، والشر في حين أنَّ رضاه لا يتعلَّق إلَّا بالخير. قال الغزالي: «إنَّ الرضا ـ من الله تعالى ـ لا يتعلق بالشر، وأنَّ الخير والشر داخلان في المشيئة والإرادة، ولكن الشر مراد مكروه، والخير مراد مرضي به»(٢). وأمَّا عند المعتزلة فهما مترادفان فكما أنَّ الرضا لا يتعلق بالشر فكذلك الإرادة عندهم غير أنَّ القاضي عبد الجبار المعتزلي أشار إلى فرق لطيف بين الرضا والإرادة فذكر أنَّ الإرادة بأجنة الصدور ـ أي أنها تتعلق بالأمور الخفية ـ وأمَّا الرضا فهو كمال وقوع المراد، وعلى هذا فالرضا هو إرادة الشيء إذا وجد المراد، ولذلك يقال فلان راضي بالإيمان إذا وقع منه(٣). وقد أشار أبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠ هـ) إلى أنَّ الإرادة والرضا بمعنى واحد حيث جعلهما في مقابل الاختيار فقال: «فالمكره مختار لما فعله. قاصد إياه، إلَّا أنَّه قصد فاسد... لا راضياً به ومريداً إياه»(٤). وأكثر من ذلك أنَّ التعريفات التي أوردها أبو الحسن الأشعري والحسين النجار المعتـزلي للإرادة تقترب تماماً من تعريف الرضا عند الفقهاء فقد عرف الإرادة بأنَّها ضدَّ الكراهية والإكراه، وأنَّ معنى كونه مريداً أي عدم كونه مكرهاً وهذا هو عين معنى الرضا عند جمهور الفقهاء، كما أنَّ الجهمية لم يفرقوا بين معاني المحبة والإرادة، والرضا، والاصطفاء(٥).

وأمَّا العلاقة بين الإرادة والاختيار فهي عموم وخصوص مطلق فالإرادة هي صفة ترجح أحد الجانبين على الآخر سواء كان عند موازنة ومفاضلة أم لا. وأما الاختيار فهو

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: شرح صحيح مسلم، للإمام النووي (٣٣٦/٤ ـ ٣٣٧)؛ والمصادر السابقة.

(٢) إحياء علوم الدين (٣٤٣/٤).

(٣) المغني في أبواب العدل والتوحيد (٥٤/٦، ٥٥).

(٤) تقويم الأدلة، مخطوطة الدار ورقة (٤٥٥).

(٥) شرح المواقف (٨١/٧)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٣٣/٣ ـ ٣٥)؛ والمصادر السابقة.

الترجيح مع التفضيل، فالمختار ينظر إلى الطرفين، ويوازن بينهما ثمَّ يفضل أحدهما على الآخر لوجود زيادة نفع أو فائدة حسب نظره، وأمَّا المريد فلا ينظر إلَّا إلى الطرف الذي يريده[1]. وسبب ذلك يعـود إلى الجذور اللغوية لكل واحد منهما فالاختيار ـ كما سبق ـ افتعال من الخير بمعنى تفضيله وترجيحه، وتقديمه على غيره في حين أنَّ الإرادة من الرود بمعنى الطلب، ولذلك فالاختيار أخص من الإرادة، فالمضطر لأخذ أحد الرغيفيـن المستويين، أو أحد الطريقين المستويين لا يقال: إنه مختار، أو قد اختار لكنه يقال: إنَّه مريد[2] ثمَّ إنَّ الإرادة عند جماعة من المعتزلة على مرحلتين: إرادة متقدمة على الفعل وهي العزم، وإرادة مقارنة له وهي القصد[3]. فعلى هذا يقترب معناها عن معنى الاختيار في اصطلاح الفقهاء، وأمَّا الأشاعرة فقد جعلوا العزم أمراً مغايراً للإرادة[4].

فعلى ضوء هذه النظرة الكلامية العميقة تكون الإرادة أعم من الاختيار، والرضا، ويكـون الاختيار والرضا بمعنى واحد، وبذلك تتفق مع رأي الجمهور من الفقهاء.

ب ـ العلاقة بين الرضا والنية:

إذا فسرنا النية بالقصد تكون مترادفاً للرضا عند الجمهور، وأمَّا إذا عرفناها بالتعريف الذي اخترناه فيكون شيئاً مغايراً للرضا يأتي كباعث وغرض منه ـ كما سبق.

ج ـ العلاقة بيـن الرضا والاختيار:

تعرضت هذه العلاقة لجدل فقهي عنيف بين الحنفية والجمهور، وثار حول تحديدها خلاف شديد بين الفقهاء يبنى عليه كثير من المسائل الفرعية على الرغم من تقارب ملحوظ بين معنى الرضا، ومعنى الاختيار في اللغة وعلم الكلام ـ كما سبق ـ فذهب الحنفية إلى أنَّهما شيئان مختلفان في المعنى والآثار في حين ذهب الجمهور إلى أنهما مترادفان. فقد سبق أنَّ الحنفية عرفوا الاختيار بأنَّه القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر[5]، في حين عرفوا

---

(١) شرح المواقف مع حاشية السيالكوتي (٨١/٧).

(٢) كشاف مصطلحات الفنون للتهانوي (٣٥/٣).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) المصدر السابق (٣٥/٣).

(٥) انظر: كشف الأسرار، وبهامشه أصـول البزدوي (٣٨٣/٤)؛ وشـرح التوضيـح على التنقيح (١٩٦/٢)؛ ورد المختار (٥٠٧/٤)؛ وتيسير التحرير (٢٩٠/٢).

الرضا بأنَّه: امتلاء الاختيار ـ أي بلوغه نهايته ـ بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها[1]. فالاختيار هو القصد، وأمَّا الرضا فهو إيثار الشيء واستحسانه، والرغبة في تحقيق آثار العقد.

هذا. ويظهر من كتب الحنفية أنَّهم قد قسموا الاختيار إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ اختيار صحيح: وهو ما يكون فاعله متمتعاً بالأهلية الكاملة ودون إكراه ملجىء، أو كما يقول البزدوي وعبد العزيز البخاري ـ ما يكون الفاعل في قصده مستبداً ـ أي مستقلاً[2]. وفي هذا النوع يجتمع مع الاختيار الرضا إذا لم يكن هناك أي إكراه، أما إذا كان هناك إكراه لكنه غير ملجىء فيكون الاختيار صحيحاً، والرضا فاسداً.

٢ ـ اختيار باطل وهو ما كان فاعله مجنوناً أو صبياً غير مميز حيث لا اختيار لهما. وما يظهر منهما من إنشاء فلا أثر له. وفي هذا النوع ينتفي فيه الرضا كما انتفى الاختيار.

٣ ـ اختيار فاسد: وهو إذا كان مبنياً على اختيار شخص آخر، أي لا يكون فاعلاً مستقلاً في اختياره بل يُقدِمُ عليه بناء على تهديد بتفويت نفس أو عضو ممن يظن المستكرَه أنَّه قادر على تحقيق ما هدد به ـ أي الإكراه الملجىء[3]، وفي هذا النوع ينعدم فيه الرضا تماماً لكن الاختيار يبقى مع كونه فاسداً فعلى ضوء ما سبق فقد تحقق الاختيار صحيحاً مع فساد الرضا، وهو ما إذا كان الإكراه غير ملجىء وقد يكون الاختيار موجوداً فاسداً، ولكن الرضا منعدم تماماً وهو ما إذا كان الإكراه ملجئاً[4]. فالإكراه لا ينافي الاختيار في حين أنَّه ينافي الرضا. قال أبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠ هـ): «. . . المكره مختار لما فعله قاصد إياه، لأنَّه عرف الشرين فاختار أهونهما عليه عن علم وقصد إلَّا أنَّه قصد فاسد، لأنَّه قصد لا عن رضا به بل لدفع الشر عن نفسه»[5].

---

(١) كشف الأسرار (٣٨٢/٤)؛ وشرح التوضيح على التلويح (١٩٥/٢)؛ وحاشية الرهاوي على شرح المنار (ص ٢٩٨)؛ وتيسير التحرير (٢٩٠/٢).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) كشف الأسرار مع أصول البزدوي (٣٨٣/٤)؛ وشرح التوضيح على التلويح (١٩٦/٢)؛ وتيسير التحرير (٢٩٠/٢)؛ وحاشية الرهاوي على شرح المنار ص (٢٩٨).

(٤) كشف الأسرار (٣٨٣/٤)؛ والبدر الساطع، للشيخ محمد بخيت الحنفي (٢٨٧/١)؛ والمصادر السابقة.

(٥) تقويم الأدلة، مخطوطة دار الكتب رقم ٢٥٥ أصول الفقه ص (٩١٠).

وقال البزدوي وغيره: «الإكراه لا ينافي الاختيار، ألا يرى أنَّه حمل على الاختيار، وقد وافق الحامل فكيف لا يكون مختاراً، ولذلك كان مخاطباً في عين ما أكره عليه»[1].

فالرضا عند الحنفية أخص من الاختيار، فقد يتحقق الاختيار دون الرضا، فالإكراه غير الملجىء يعدم الرضا، لكنه لا يعدم الاختيار، بل ولا يفسده، وأمَّا الإكراه الملجىء فيعدم الرضا تماماً ولا يؤثر في الاختيار إلَّا بالفساد[2].

فالرضا عندهم عبارة عن امتلاء الاختيار فيلزم من وجوده وجود الاختيار لكنه لا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا لأنَّه عبارة عن القصد إلى الشيء وإرادته، فالرضا إنما يتحقق إذا كان الإقدام على العقد ـ مثلاً ـ عن رغبة وإيثار، فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارة، وإنَّما بقصد كامل يشيع في جوانح نفسه برغبة تامة بحيث يحس العاقد بأنَّ مباشرته للعقد قد أشبعت حاجته، وملأت رغبة من رغباته، ولم يشترط كل ذلك في تحقق الاختيار، لأنَّه مجرد القصد إلى العبارة وإن لم يكن نابعاً عن رغبة ملحة، أو إيثار تام[3].

---

(١) أصول البزدوي بهامش كشف الأسرار (٤/٣٨٣)؛ ومجامع الحقائق للخادمي ص (٢٩٩)؛ والتوضيح لصدر الشريعة (٢/١٩٦)؛ وتيسير التحرير (٢/٣٠٨).
قال الشيخ محمد بخيت في البدر الساطع (١/٢٨٧): «الإكراه ملجئاً كان أو غير ملجىء لا يمنع التكليف بالفعل المكره عليه نص على ذلك جمهور الأصوليين من الحنفية». وانظر المصادر السابقة.

(٢) كشف الأسرار (٤/٣٨٣).

(٣) الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص ٣٢٢).
قال الشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١٣٦): يفسر الحنفية الرضا بالرغبة في آثار العقد عند إنشائه، وذلك لا يتحقق إلَّا بإرادة إنشائه، ويريدون بالاختيار: القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة له على أنَّها سبب عادي منشىء للعقد وأداة شرعية لذلك وإن لم تكن هناك رغبة في إنشائه.

وكذلك قال الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٢٢)، لكنه أضاف قائلًا: إنَّ الاختيار هو القصد إلى النطق. . . . ويشمل ذلك القصد ثلاث أحوال: ١ ـ حال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقود غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلاً، لأنَّه قد توافر القصد إلى النطق وبذلك يتحقق الاختيار. ٢ ـ حال النطق بعبارات العقد تحت تأثير إكراه أو إرغام، لأنَّ القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الإرغام متحقق فيه، وإن كان الرضا غير متحقق ولا ثابت. ٣ ـ حال القصد إلى معاني =

فعلى ضوء ما ذكره الحنفية أنَّ الاختيار ينصب على العقد المتوجه نحو العبارة المنشئة للعقد، وأمَّا الرضا فينصب على الآثار التي تنشأ من العقد، ولهذا فالمكره على العقد مختار حيث توجه قصده نحو العبارة المنشئة للعقد لكنه غير راض بآثاره، ولهذا فما كان الرضا شرطاً فيه يفسد بانتفائه كالبيع والشراء، وما لم يكن شرطاً فيه لم يفسد بل يصح وينفذ كالطلاق.

وأمَّا جمهور الفقهاء فلم يعترفوا بالتفرقة بين الرضا والاختيار، كما أنَّهم لم يعترفوا بالتقسيم الثلاثي للاختيار بل حصروه في الصحيح أو الباطل، فالإكراه عندهم كما ينافي الرضا ينافي الاختيار قال الشاطبي: «فالعمل إذا تعلَّق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها. . . فلو فرضنا العمل مع عدم الاختيار كالملجأ والنائم والمجنون وما أشبه ذلك فهؤلاء غير مكلفين فلا يتعلق بأفعالهم مقتضى الأدلة السابقة فليس هذا النمط بمقصود للشارع، فبقي ما كان مفعولاً بالاختيار لا بدَّ فيه من قصد، وإذ ذاك تعلقت به الأحكام»[1].

وقال الحطاب: «والمكره غير قادر على الامتناع مما أكره عليه»[2]. فقد اعتبر الشاطبي والحطاب وغيرهما المكره عديم الاختيار كما أنَّه عديم الرضا وقد صرح السيوطي بأنَّ الاختيار هو الرضا فقال: «فالمراد بالاختيار هو قصده ذلك الفعل، وميله، ورضاه، وأنَّه لم يفعله على وجه الإكراه»[3]. وقال الغزالي: «اختلال القصد بخمسة

= العقود والرضا بأحكامها، والرغبة في آثارها.

هذا هو الاختيار كما يفهم من كتب للحنفية فهو لا يتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه».

ونلاحظ أنَّ الحنفية دققوا في القضية وفرقوا بين اختيار الحكم واختيار المباشرة. قال البزدوي وغيره: إنَّ الهزل ينافي اختيار الحكم والرضا به ضرورة، ولا ينافي الرضا بالمباشرة واختيار المباشرة، لأنَّ الهازل يتكلم بما هزل به عن اختيار ورضا: كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٤/٢٥٧، ٢٧٨).

وراجع: أستاذنا الشيخ محمود العدوي، نظرية العقد، مطبوع على ستنسل ص (٩١)؛ والأستاذ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي (ص ٣٥٣ ـ ٣٥٥)؛ والأستاذ محمد سلام مدكور، الوجيز للمدخل ص (١٧٣)؛ والأستاذ أحمد الزرقاء، الفقه في ثوبه الجديد، المدخل (١/٣٦٦).

(١) الموافقات، ط. دار المعرفة بيروت (٢/٣٢٤ ـ ٣٢٧).

(٢) مواهب الجليل (٤/٢٤٥؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٩).

(٣) فتاوى السيوطي، مخطوطة الأزهر برقم (١٣١ فقه شافعي) ورقة (١٤٣).

أسباب: سبق اللسان، والهزل، والجهل، والإكراه، واختلال العقل»[1]. فقد جعل الإكراه في مصاف اختلال العقل، بل صرح في البسيط بأنَّ المكره ليس له اختيار فقال: «الوجه عدم وقوع طلاق المكره، لأنه ساقط الاختيار»[2] بل إنَّ فقهاء الشافعية علل بعضهم عدم صحة بيع المكره بغير حق بعدم وجود الرضا، وبعضهم بعدم وجود الاختيار[3]. وكذلك الأمر عند الحنابلة فقد ذكر ابن النجار: أنَّ الإمام أحمد قال: «إنَّ الإكراه يزيل الاختيار»[4]، وفسر ابن إدريس البهوتي والمرداوي الرضا بالاختيار[5]. وحكم ابن حزم الأندلسي بأنَّ المكره لا خيار له ولا نية ولذلك لا يلزمه شيء[6]. وقضى الأمامية صراحة بأنه لا فرق بين الرضا والاختيار[7].

فالجمهور من الفقهاء لم يعيروا أي اهتمام بالتفرقة بين الرضا والاختيار، بل جعلوهما متلازمين لو انعدم أحدهما انعدم الآخر، فهما في التصرفات والعقود بمعنى واحد يتمثل في القصد إلى إنشاء العقد بما يدل على الرغبة الكامنة في النفس[8].

وجهة نظر الفريقين مع الأدلة والمناقشة:

لقد بنى كل فريق رأيه على وجهة هو موليها، فالحنفية بنوا تفرقتهم بين الرضا والاختيار على ما يأتي: -

أولاً: أنَّ المعاني اللغوية للاختيار والرضا تساعد على التفرقة بينهما، فالاختيار هو ترجيح شيء على آخر وتفضيله من غير ملاحظة ظهور البشاشة على الوجه، في حين أنَّ الرضا في اللغة هو خلاف السخط والغضب، فكما أنَّ آثار الغضب تظهر

---

(١) الوسيط مخطوطة دار الكتب برقم (٢١٢ فقه شافعي) ورقة (١١٧، ١٧٨).

(٢) حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج (٢/١٥٦) نقلاً عن البسيط؛ وراجع الوسيط ورقة (١٧٨).

(٣) تحفة المحتاج (٤/٢٢٩)؛ ونهاية المحتاج (٦/٣٣٤)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/١٥٦)؛ ومغني المحتاج (٢/٧).

(٤) شرح الكوكب المنير (١/٥٠٩).

(٥) كشاف القناع للبهوتي (٢/٥)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٥).

(٦) المحلى لابن حزم (٩/٢٥٨).

(٧) المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري ص (١١٨)؛ ونهج الفقاهة للحكيم (١/١٨٩).

(٨) انظر: الشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١٣٥)؛ والشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٢٣).

فكذلك تظهر آثار الرضا على الوجه، وتأسيساً على ذلك فإنَّ إعمال كل واحد منهما في معنى مستقل أولى من اللجوء إلى الترادف.

ويمكن أن يجاب عن هذا بأنَّ الرضا في اللغة أيضاً بمعنى الاختيار كما سبق، كما أنَّه ليس بلازم أنَّ يكون المعنى الاصطلاحي مطابقاً للمعنى اللغوي، فالكلمة حينما تنقل من عرف اللغة إلى عرف آخر لا يراعى فيها معناها اللغوي، وإنَّما تصبح مصطلحاً مستقلاً، ولا سيما إذا لاحظنا أنَّ نظرة الفقهاء إلى الآثار الشرعية، ونظرة اللغويين إلى أصل المعنى. ثمَّ إننا لا نسلم أنَّ الحنفية قد التزموا بالمعنى اللغوي للاختيار، فهو في اللغة ـ كما سبق ـ ترجيح أحد المقدورين على الآخر بعد مفاضلة وموازنة، مع أنَّهم يقولون إنَّ الإكراه لا ينافي الاختيار، وإنَّ السكران مختار.

ثانياً: إنَّ الشرع يدل على التفرقة بين التصرفات حيث اشترط للتصرفات المالية الرضا بقوله تعالى: ﴿... لا تأكُلُوا أموالَكُمْ بينكم بالبَاطِل إلَّا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم﴾[1]. في حين أنَّه لم يشترط التراضي لبعض تصرفات غير مالية كالطلاق والنكاح بل سوى بين جدها وهزلها بقـوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهنَّ جد الطلاق، والنكاح، والرجعة»[2]. وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنَّه لم يفرق بين الجد والهزل في هذه التصرفات الثلاثة، وأنَّها يترتب على جدها وهزلها آثارها مع أنَّ الرضا بالآثار لم يتحقق مع الهزل فدل على وجود تفرقة بين الرضا والاختيار، وأنَّ بعض عقود لا تحتاج إلى الرضا في حين أنَّ بعضها الآخر يحتاج إلى الرضا، وإذا كان الأمر كذلك في الهزل، فإنَّ الإكراه أيضاً يقاس عليه[3].

والجواب عن ذلك أنَّ الحديث لا يدل على أكثر من أنَّ هذه التصرفات الثلاثة يستوي فيهـا الجد والهزل، ولا يدل بأي حال من الأحوال على تأسيس قاعدة عامة عليه

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) الحديث رواه أحمد في مسنده، وأبو داود في سننه، والترمذي، وابن ماجه، والدارقطني، والحاكم وقال: حديث صحيح، وأقره صاحب الإلمام، غير أنَّ في سنده عبد الرحمن بن حبيب وهو مختلف فيه، قال النسائي: هو منكر الحديث، وقال غيره: ثقة، فعلى هذا فالحديث حسن وهذا ما قاله الترمذي.

انظر: سنن أبي داود، مع العون (٦/٢٦٢)؛ وسنن الترمذي، مع تحفة الأحوذي (٤/٣٦٢)؛ وسنن ابن ماجه (١/٦٥٨)؛ وسنن الدارقطني (٤/١٩)؛ وراجع تلخيص الحبير (٣/٢٠٩)؛ والمغني في الضعفاء ص (٣٥٢)؛ وميزان الاعتدال (٢/٤٧٥، ٤٨٣).

(٣) كشف الأسرار (٤/٣٥٧)؛ والتوضيح (١٨٧ ـ ١٨٩).

في التفرقة بين الرضا والاختيار، لأنَّ القائلين بعدم التفرقة بينهما قالوا بأنَّ هذه التصرفات التي وردت في الحديث إنما يستوي فيها الجد والهزل لأنَّ طبيعتها تختلف عن بقية التصرفات الأخرى فهي تتعلق بحقوق الله تعالى وبالأغراض، لذلك لا تليق مع الهزل، ومن جهة أخرى فقياس غير الهزل عليه من إكراه ونحوه قياس مع الفارق حيث إنَّ الهازل راضٍ باللفظ قد اختار التلفظ بالسبب الذي يرتب الشارع عليه الآثار عن قصد له، وعلم بمعناه وموجبه دون مبرر مشروع. وأمَّا المكره فهو وإن كان قد تلفظ بالسبب لكنه معذور، لأنَّه أراد به دفع الأذى عن نفسه تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿فمَنِ اضطر غيرَ باغٍ ولا عادٍ فلا إِثْمَ عليهِ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ولا تُلْقُوا بأيديكم إلى التَّهلكة﴾[2]. وقولهُ تعالى: ﴿إلَّا مَنْ أُكْرِهَ وقلبُهُ مطمئِن بالإيمانِ﴾[3]. وقوله ﷺ: «إنَّ الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[4] فإذا كان الشرع قد فرَّق بين بعض التصرفات فإنَّه أيضاً قد فرَّق بين الهزل من جانب وبين الإكراه والخطأ والنسيان من جانب آخر، فأنَّى لهم أن يقيسوا هذه الأمور على الهزل؟.

ثمَّ إنَّ الهزل أمر باطني لا يعرف إلَّا من جهة الهازل نفسه فلا يقبل قوله في إبطال حق الغير[5].

وبالإضافة إلى ما سبق فإنَّ هذه التصرفات التي نص الحديث الشريف على استواء الجد والهزل فيها يغلب فيها حق الله تعالى وأنَّها لا تتكرر كثيراً كالعقود المالية، كما أنَّها تتعلق بأمور في غاية الخطورة، فالنكاح والطلاق والرجعة تتعلق بحل وحرمة أخطر ما في الوجود، والعتاق يتعلَّق بتحرير رقبة الإنسان الذي خلقه الله حراً طليقاً لا يكون عبداً لغيره تعالى غير أنَّ الظروف قيدته بذل العبودية لغير الله تعالى، ولهذا فتح الشارع باب العتق على مصراعيه فيزول هذا القيد بأدنى سبب. فهذه العقود الخطيرة لا يليق بها أن تكون مسرحاً للهزل واللعب، وللسبب نفسه أحاطها الشارع بهالة من التقديس والاحترام، وببعض ميزات لا نجدها في غيرها مثل اشتراط حضور الشهود

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٥.

(٣) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٤) الحديث رواه ابن ماجه وغيره.

انظر: سنن ابن ماجه، ط. عيسى الحلبي، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناس (١/٦٥٩).

(٥) أعلام الموقعين لابن القيم، ط. شركة الطباعة الفنية بالقاهرة ١٩٦٨ (١٢٤/٣).

وأولياء الأمر في النكاح وكون استحباب عقد النكاح في المسجد مع أنَّه نهى عن عقد البيع فيه[1].

وحاصل الأمر ـ كما يقول ابن القيم[2] ـ أنَّ الهزل واللعب والمزاح غير جائز في حقوق الله تعالى، فيكون جد القول وهزله سواء، ولهذا يكفر الهازل بآيات الله، والناطق بكلمة الكفر هزلاً ولعباً ومزاحاً في حين لا يكفر الناطق بالكفر تحت ظروف الإكراه بالإجماع[3] لقوله تعالى: ﴿إلَّا مَنْ أُكْرِهَ وقلبُهُ مطمئن بالإيمانِ﴾[4]. وأمَّا حقوق العباد فيجوز الهزل فيها ألا ترى أنَّ النبي ﷺ كان يمزح في بعض الأحيان مع أصحابه حتى قال مرة لأعرابي: «من يشتري مني العبد؟» فقال: تجدني رخيصاً يا رسول الله! فقال: «بل أنت عند الله غالٍ»[5]. فقد أراد الرسول ﷺ أنَّه عبد الله تعالى، وأمَّا مع ربه فلم يعرف غير الجد[6].

وبهذا نصل إلى أنَّ مسلك الحنفية في هذه التفرقة بين الرضا والاختيار لا يصفو من شائبة، ولم يخلُ من نقد، وأنَّ أدلتهم لم تصل في الخطورة إلى الحد الذي يدك قواعد ما بنى عليه الجمهور، وبالتالي لم يسلم لهم ما رتبوا عليها من آثار.

وأمَّا وجهة نظر الجمهور فتكمن في أنَّ الاختيار وإن سلم أنَّه القصد إلى العبارة لكن ذلك لا يكفي بوحده بل بشرط أن تكون تعبيراً عما في النفس ودليلاً على رغبتها، فإذا لم تتحقق تلك الدلالة لم يتحقق الاختيار، فحينئذٍ لا يتحقق مع الهزل، والإكراه لعدم وجود قصد نحو ما ترغب إليه النفس من آثار، فإذا روعي في الاختيار تلك الدلالة على الرغبة الكامنة في النفس فهذا هو الرضا بعينه، فالجمهور لم يشترطوا في الرضا أكثر من الدلالة على الرغبة، والغاية المرجوة من العقد أي أن يتحقق فيه قصد العبارة، وقصد الآثار فلم يشترط أحد منهم في الرضا أن يكون بحيث تظهر البشاشة على الوجه، بل كل ما اشترطوا هو أن لا يكون هناك إكراه أو نحوه مما يخل بالقصد، بل أكثر من ذلك فقد صححوا عقود المضطر الذي يضطر لبيع ماله نتيجة ديون متراكمة

---

(١) أعلام الموقعين (٣/١٢٣ ـ ١٢٦).

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) سيأتي تفصيله في الفصل الثاني من هذا الباب.

(٤) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده (٣/١٦١). وراجع أعلام الموقعين (٣/١٢٦).

(٦) أعلام الموقعين (٣/١٢٤ ـ ١٢٦).

عليه،[1] وذلك لأنَّ اختيـاره بالبيع ـ مثلاً ـ في هذه الحالة نابع عمَّا في نفسه دون إكراه خارجي، وبعد موازنة، ومفاضلة حرة.

ومبنى ذلك أنَّ صحة الكلام بالقصد الصحيح، ولذلك يبطل عند عدمه، ألا ترى أنَّ العلماء قد أجمعوا على إلغاء كلام النائم، والمجنون لعدم وجود قصد لهما، فالكلام إنَّما يكون ذا قيمة أساسية إذا كان يعبر عما في القلب ويترجم ما في الضمير قال الأخطل:

إنَّ الكـلام لفـي الفـؤاد وإنَّـمـا جعـل اللسـان على الفؤاد دليـلاً[2]

بل إنَّ سيبويه وجمهور النحاة اشترطوا في صحة الكلام وانعقاده تحقق القصد فيه وقالوا: لا يسمى كلاماً ما نطق به النائم، والساهي، وما تحكيه الحيوانات المعلمة[3]. وقد بنى الفقهاء على ذلك فقالوا: لو حلف أن لا يكلمه، فكلمه نائماً، ومغمى عليه، فإنَّه لا يحنث[4].

وأيضاً إن حل أموال الناس منوط بالرضا بنص الآية الكريمة، وهو لا يتحقق مع ما يتنافى معه كالإكراه ونحوه، كما أنَّ الحديث الشريف: «إنَّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»[5] ليدل دلالة صريحة على أنَّ القصد هو الأساس، قال الصفي الهندي: «فالمراد بالحديث رفع المؤاخذة وهو يستلزم رفع التكليف»[6].

(١) الرسالة لأبي زيد المالكي (١٣/٢)؛ والمجموع للنووي (١٦/٩).

(٢) وقد أسند هذا البيت إليه الجاحظ في البيان (٢١٨/١)؛ وابن هشام في شذور الذهب ص (٢٨). والأخطل هو من أشهر شعراء عصره توفي سنة (٩٠هـ). وراجع الأعلام للزركلي في ترجمته (٣١٨/٥)، هذا وقد استشهد بهذا البيت علماء السنة في إثبات الكلام النفسي. يراجع: البرهان لإمام الحرمين (١٩٩/١).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٥)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٤) نقلاً عن جمهور النحاة.

(٤) الأشباه للسيوطي ص (٥٥).

(٥) وفي بعض الروايات بلفظ: «إنَّ الله تجاوز..».
والحديث رواه ابن ماجه، والدارقطني، والطبراني، والبيهقي، والحاكم في المستدرك وقال: حديث صحيح غريب. وقال الإمام النووي: حديث حسن.
انظر: سنن ابن ماجه، ط. عيسى الحلبي (٦٥٩/١). وتلخيص الحبير للحافظ ابن حجر، ط. شركة الطباعة الفنية بالقاهرة (٢٨١/١ ـ ٢٨٣)؛ ونيل الأوطار، ط. الكليات الأزهرية (٢٧/٨)؛ ومجمع الزوائد للحافظ الهيثمي (٢٥٠/٦).

(٦) نهاية الوصول، مخطوطة دار الكتب جـ ١/ ورقة (١٢١).

وأيضاً إذا كان الحل والحرمة منوطين بالاتفاق القائم على القصد الصحيح والرضا فلا بدَّ إذاً أن يكون لهذا الباطن أهمية تترتب عليها الآثار، وأن يجعل القضاء هذا الأمر الباطن محل نظره، وموضع اعتباره، ومناط بحثه للوصول إلى الحق، وأن لا يألو جهداً في البحث عنه حسب الاستطاعة وهذا لا يمنعه من الاعتماد على الظاهر ـ وهو العبارة ـ لكن بشرط أن لا يضرب بالباطن عرض الحائط مهما توفرت الأدلة والقرائن على انتفاء القصد الصحيح وعدم موافقة العبارة لما في النفس فالجمهور نظروا إلى الاختيار بمعنى أن يكون للإنسان الخيرة، أي أن يكون له كامل الحرية والاختيار في إنشاء العقد، أو عدم انعقاده ولهذا قال الإمام الغزالي: «فإن الإكراه يسقط خيرته»[(١)].

آثار هذا الاختلاف:

إذا كانت الحنفية قد فرقوا بين الرضا والاختيار، والجمهور اعتبروهما شيئاً واحداً. . . فهل هذا مجرد اختلاف لفظي في المصطلحات، ولا يترتب عليه أي أثر، وأنَّ لكل واحد من الفريقين أن يصطلح على ما يشاء، حيث لا مشاحة في الاصطلاح، أم أنَّه خلاف معنوي تترتب عليه آثار؟.

فالجواب عن ذلك: أنَّه اختلاف جوهري تترتب عليه آثار خطيرة تظهر في تصرفات وعقود الهازل الذي لا يريد باللفظ معناه الحقيقي ولا المجازي، وإنما يريد اللعب وعدم الجدية[(٢)] وفي عقود المكره، والمخطيء، والسكران، والغافل، والساهي، ومن لم يفهم المعنى الموضوع للإيجاب والقبول، فالجمهور يقولون بعدم تحقق الرضا والاختيار في هذه الأحوال، لأنَّها تنافي الرغبة الحقيقية في إتمام عملية العقد، ولا تدل على القصد النفسي، فالهازل لم يقصد معاني العبارات وقامت القرينة على أنه لا يعبر عن قصده الكامن في نفسه، ولا يريد الخوض في إنشاء العقد، وإنَّما يريد الضحك والهذار، وإنَّما يعتد بأقواله في الطلاق والنكاح ونحوهما لدليل خاص كما سبق، وكذلك المستكره لم يقصد إنشاء العقد، وإنَّما قصد دفع الأذى، وكذلك الأمر في المخطيء[(٣)]، ومن جهل معنى العبارة حيث لم يحصل له علم حتى يتحقق له

(١) الوسيط، مخطوطة دار الكتب برقم (٣١٢ فقه شافعي) ورقة (١١٧/أ).

(٢) انظر: كشف الأسرار (٣٥٧/٤)؛ والتوضيح (١٨٧/٢)؛ وشرح المنار ص (٩٧٩)؛ ومجامع الحقائق ص (٢٩٤).

(٣) فالخطأ هو الفعل بلا قصد تام، قال الحنفية وهو لا ينافي الأهلية مطلقاً، لكن يصلح أن يكون عذراً في سقوط حق الله تعالى، ولا يصلح أن يكون عذراً في حقوق العباد. انظر: مجامع الحقائق للخادمي ص (٢٩٧)؛ وكشف الأسرار (٣٨٤/٤).

قصد نحو إنشاء العقد فتصرفات هؤلاء لا يعتد بها عند الجمهور على خلاف في بعضها لدليل خاص[1].

وأمَّا الحنفية فصنفوا العقود على ضوء نظريتي الاختيار، والرضا فجعلوا الاختيار العماد الأساسي لكل التصرفات والعقود، وأمَّا الرضا فليس بلازم لانعقاد جميعها، ولا لصحة بعضها ـ وهي التصرفات غير المالية كالنكاح والطلاق ـ وإن كان لازماً لصحة بعضها كالبيع، والإجارة ونحوهما من العقود المالية، فجميع التصرفات تنعقد بدون الرضا ما دام الاختيار فيها موجوداً، لكن بعض العقود تنعقد فاسداً إذا انعدم فيه الرضا، وتأسيساً على ذلك اعتبروا نكاح المكره صحيحاً، وبيعه فاسداً موقوفاً بحيث لو أجازه بعد الإكراه نفذ العقد بناء على العقد السابق نفسه، وكذلك تصح بعض تصرفات المخطيء فمن أراد أن يقول لزوجته: «اسقني» فجرى على لسانه: «أنت طالق» أو أراد أن يقول لها: «يا عالمة» فجرى على لسانه على غير قصد منه: «أنت طالق» صح طلاقه. قال عبد العزيز البخاري الحنفي في تعليل ذلك: «اعتباراً بأنَّ القصد أمر باطن لا يوقف عليه فلا يتعلق بوجوده حقيقة، بل تتعلق بالسبب الظاهر الدال عليه، وهو أهلية القصد بالعقل والبلوغ نفياً للحرج»[2]. وأمَّا إذا جرى الخطأ في عقود المعاوضات المالية بأن أراد أن يقول سبحان الله ـ مثلاً ـ فجرى على لسانه: بعت هذا الشيء بكذا فقبله آخر، وصدقه المشتري على أنَّ البائع مخطيء، قال البزدوي: «... يجب أن ينعقد مثل انعقاد بيع المكره لوجود الاختيار وضعاً يعني جريان هذا الكلام على لسانه في أصل وضعه اختياري فينعقد لوجود أصل الاختيار، ويفسد لفوات الرضا»[3]. أمَّا إذا لم يصدقه المشتري فالبيع صحيح اعتباراً بالعبارة الصادرة منه[4].

وكذلك قالوا في السكر المحرم أنَّه لا يبطل شيئاً من الأهلية فتلزمه أحكام الشرع كلها، وتصحح عباراته كلها بالطلاق والبيع والشراء، وقد عللوا ذلك بأنَّ السكر وإن كان يعدم القصد الصحيح لكنه لا يعدم العبارة[5].

---

(١) انظر: مصادر الجمهور السابقة الإشارة إليها.

(٢) كشف الأسرار (٤/٣٨٤)؛ ومتن تنقيح الأصول وأصول البزدوي مع كشف الأسرار (٤/٣٥٧)؛ والشيخ محمد المحلاوي، تسهيل الوصول ص (٣١٨).

(٣) أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٤/٣٨١)؛ ومتن تنقيح الأصول لصدر الشريعة ص (١٦٤)؛ ومجامع الحقائق ص (٢٩٨).

(٤) مجامع الحقائق للخادمي ص (٢٩٨).

(٥) كشف الأسرار (٤/٣٥٤)؛ والبدر الساطع (١/٢٨٠)؛ والتلويح (٢/١٨٦)؛ وشرح المنار ص (٩٧٨)؛ ومجامع الحقائق ص (٢٩٨).

وقالوا في الهزل إنَّـه وإن كان ينافي الرضا بالحكم الذي يترتب على العقد واختيـاره، ولكنه لا ينافي الرضا بمباشرة العبارة واختيارها[1].

وحتى نتصور مدى توغل الحنفية في الاعتماد على العبارة نرى أنَّهم صححوا بعض عقود من لم يفهم معنى العبارة التي تكلم بها فقالوا: لو لقنت المرأة: زوجت نفسي من فلان ـ باللغة العربية ـ ولم تعرف معناها، وهو يعلم معناها، أو لا يعلم، وكان ذلك بحضرة الشهود صح النكاح كالطلاق، وقيل: لا كالبيع، قال الحصكفي: «ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فيما يستوي فيه الجد والهزل مثل الطلاق والنكاح، ولم يحتج لنية وبه يفتي»[2]. وعلَّل ابن عابدين ذلك بأنَّ العلم بمضمون اللفظ إنَّما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل، بخلاف البيع ونحوه[3]. بل إنَّ طلاق الغافل والساهي واقع عندهم[4].

وعلى ضوء ما سبق صنف الحنفية التصرفات والعقود تصنيفاً خاصاً بهم وهو أنها على قسمين: التصرفات والعقود التي لا تقبل الفسخ، والتصرفات والعقود التي تقبل الفسخ[5]. فالقسم الأول قد حصر أفراده ابن الهمام في النكاح والطلاق والرجعة والإيلاء والفيىء والظهـار والعتاق والعفـو عن القصاص واليمين والنـذر[6]، فهذه التصرفات لا تنفصل آثارها عن أسبابها، وبتعبير الفقهاء. «أنَّها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها»[7]. فمتى وجد السبب وجد الحكم عقبه سواء وجد الرضا، أو لم يوجد،

---

(١) التوضيح (٢/١٨٧).

(٢) الدر المختار (٣/١٥).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٣/١٥).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٤).

(٥) انظر تفصيل ذلك في: كشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/٣٥٨)؛ ورد المختار (٣/١٦)؛ والتلويح على التوضيح (٢/١٨٢)؛ وشرح المنار ص (٩٧٩)؛ ومجامع الحقائق ص (٢٩٥)؛ وتقويم الأدلة لأبي زيد الدبوسي، مخطوطة دار الكتب ص (٩١٠).

(٦) فتح القدير (٣/٤٠)؛ ومجامع الحقائق ص (٢٩٥)؛ وتقويم الأدلة ص (٩١٠).

(٧) التلويح للتفتازاني على التوضيح (٢/١٨٧) والمصادر السابقة.

هذا وقد شرح الحنفية وجهة نظرهم في تسمية هذه التصرفات والعقود أنها غير قابلة للفسخ: بأنَّ بعض هذه التصرفات من قبيـل الإسقاطات التي تتلاشى وتنتهي بمجرد صدورها، إذن فلا يتصور فسخها بعد وقوعها وهي الطلاق والظهار والعتاق والعفو عند القصاص والنكاح والرجعة والفيىء.

والسبب في إدخال النكاح في الإسقاطات لأنَّ فيه إسقاطاً لحرمة الاستمتاع، والرجعة كالنكاح لأنَّها =

وذلك السبب يتحقق بالقصد إلى العبارة المنشئة له ـ أي الاختيار ـ فتنعقد هـذه التصرفات مع كل الأحوال ما دام القصد إلى العبارة قد وجد، أو بعبارة أدق ما دام السبب ـ أي العبارة ـ قـد وجد، وإذا انعقدت ظهرت أحكامها بمجرد انعقادها.

وأمَّا القسم الثاني ـ أي التصرفات التي تقبل الفسخ ـ فهو كالمبادلات المالية من بيع وإجارة وقسمة ومزارعة ومساقاة ونحوها[1]، فهذه العقود وأمثالها يمكن أن تتأخر أحكامها وآثارها عن أسبابها وذلك باشتراط أحد العاقدين أو كليهما خيار الشرط كما أنَّها تقبل الفسخ برضا العاقدين، وبظهور العيوب التي كانت قبل العقد في المعقود عليه بعد العقد[2]. فهذه العقود مما يشترط فيها الاختيار والرضا لكن اشترط لانعقادها الاختيار، ولصحتها الرضا[3]، فإذا تحققا فيها كان العقد منعقداً صحيحاً، وإذا انعدم الأول فلا يتحقق العقد ولا تتكون ماهيته ويكون باطلاً، وإذا انعدم الثاني كما في حالات الهزل والإكراه والخطأ ونحوها فلا يصح لكنه ينعقد فاسداً[4].

تحليل رأي الحنفية:

وهذه النظرة من الحنفية إلى الرضا والاختيار، والتفرقة بينهما على هذا المنوال، والآثار الخطيرة التي ترتبت عليها نابعة من أنَّهم لا يعتدون في تكوين العقود والتصرفات بالأمور النفسية، والرغبات الكامنة في النفوس، وإنَّما الأساس عندهم هو صورها، ومظاهرها الحسية، وتعبيراتها المادية من غير اتجاه إلى النيات المستكنة في النفوس، والغايات التي يرمي إليها من وراء العقد المتعاقدون[5]، ولذلك نراهم يقولون: «إنَّ القصد أمر باطن فلا يتعلق بوجوده حقيقة، بل يتعلق بالسبب الظاهر وإنَّ السكر وإن كان يعدم القصد لكنه لا يعدم العبارة»[6]. فهم في الواقع لم يحفلوا في بعض العقود

= عبارة عن استدامته، وكذلك الفيء. وأمَّا بعضها الآخر ـ وهو اليمين والنذر والإيلاء ـ فوجه كونها لا تقبل الفسخ أنها من قبيل الالتزام المؤكد وهو متى صدر لا يمكنه نقضه، والرجوع عنه.

انظر: كنز الحقائق (٢٥٧/٤)؛ والمصادر السابقة. وراجع: د. العدوي، نظرية العقد ص (٩٤).

(١) كشف الأسرار (٣٨٧/٤، ٣٨٩)؛ والتوضيح (١٩٧/٢)؛ والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) كشف الأسرار (٣٨٧/٤).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) الشيخ أحمد إبراهيم، الالتزامات ص (٧٨)؛ والشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٢٥)؛ والشيخ العدوي، نظرية العقد ص (٩٣).

(٦) كشف الأسرار (٣٨١/٤)؛ والتوضيح مع التلويح (١٨٦/٢).

حتى بالقصد إلى العبارة أيضاً ناهيك عن القصد إلى آثار العقد، فلقد عرفوا الاختيار بأنَّه القصد إلى أمر متردد. . . ـ كما سبق ـ ومع ذلك قالوا: إنَّ بيع المخطيء الذي لم يكن له أي قصد نحو عبارة العقد منعقد لكنه فاسد، وطلاقه منعقد صحيح، وكذلك الأمر في طلاق الغافل والساهي والسكران.

ولذلك اضطروا إلى تكييف فقهي وفرض تقديري لهذه المسألة وهو أنَّ الاختيار موجود وضعاً حيث أقيم البلوغ عند قيام العقل مقام القصد. قال عبد العزيز البخاري: «جريان هذا الكلام على لسانه في أصل وضعه اختياري فينعقد البيع لوجود أصل الاختيار، أو معناه أنَّ الاختيار موجود تقديراً بإقامة البلوغ مع العقل مقام القصد لكن الرضا فات لعدم القصد فينعقد، ولا ينفذ، والرضا أمر باطن كالقصد، لأنَّه من أعمال القلب»[1]. بل أكثر من ذلك للدلالة على عدم الاعتناء بالقصد أنَّ الحنفية قالوا بصحة تصرفات وعقود السكران بمحرم ـ حتى سواء شرب مكرهاً أو طائعاً ـ[2] من طلاق وبيع وشراء، وإقرار وغيرها من تصرفاته القولية أو الفعلية وقالوا في تعليل ذلك: «وإنَّما يعدم السكر القصدَ ـ وهو العزم على الشيء ـ دون العبارة، لأنَّها توجد حساً، وصحتها تبنى على أصل العقل ولذلك قالوا: إنَّ السكر لا ينافي التكليف ولا يبطل الأهلية»[3]. وقد اعترف الحنفية بأنَّ السكر ينعدم به القصد ولذلك لا يصح معه كل شيء يعتمد على القصد مثل الكفر، فقالوا: إذا نطق السكران بالكفر لا يكفر به عند أبي حنيفة ومحمد لأنَّ ركنه القصد وهو قد انتفى بالقصد[4]. وذهب أبو يوسف إلى أنَّ ردته تصح، وتبين منه امرأته[5]. وأمَّا ما لا يعتمد القصد ـ على حد تعبيرهم ـ مثل الطلاق، والبيع والشراء وسائر التصرفات القولية والفعلية فتصح منه[6]. بل أكثر من ذلك قالوا: ونحن نعلم أنَّ

---

(١) كشف الأسرار (٤/٣٨٢ ـ ٣٨٣)؛ والتوضيح (٢/١٩٥)؛ والبدر الساطع (١/٢٧٢).

(٢) هذا ما ذكره عبد العزيز البخاري في كشف الأسرار (٤/٣٥٤) نقلاً عن أشربة المبسوط ثمَّ قال: «وذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله: إنْ شربَ المسكِرَ مكرهاً ثمَّ طلَّق اختلفوا فيه. والصحيح أنَّه كما لا يجب الحد لا ينفذ تصرفه». وراجع: التلويح (٢/١٨٦).

(٣) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ص (١٤٥)؛ وكشف الأسرار (٤/٣٥٤)؛ والشيخ المحلاوي، تسهيل الوصول ص (٣١٧).

(٤) المصادر السابقة أنفسها.

(٥) حاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك (٩٧٩).

(٦) كشف الأسرار، مع أصول البزدوي (٤/٣٥٤)؛ وتنقيح الأصول ص (١٤٥)؛ والشيخ المحلاوي، تسهيل الوصول ص (٣١٧).

السكران غير معتقد ما يقول، ولا قاصد لما يتكلم به بدليل أنَّه لا يذكره بعد الصحو، فلو كان قد عقد القلب عليه لما كان ينساه ومع ذلك قالوا: إنَّ عقوده تصح[1].

فهذه النصوص صريحة في أنَّ العقود عند الحنفية لا تعتمد على القصد مطلقاً، وإنَّما على العبارة الصادرة ممن له الأهلية، ودليل واضح على مدى توغلهم في الاعتماد على صور العقد ومظاهره الحسية سواء صدرت تحت ظروف الخطأ أو الإكراه، أو الهزل أو السكر أو الغفلة، أو السهو أو غير ذلك.

القاعدة الأساسية في العقود عند الحنفية:

ونستشف مما عرضناه أنَّ القاعدة العامة عند الحنفية في العقود هي العبارة الصادرة عن عاقل بالغ فهي ركن العقد ومناط الانعقاد على الإطلاق، بل ومناط الصحة في العقود التي لا تقبل الفسخ، فهي تحتل الدرجة الأولى ثمَّ يأتي البحث عن القصد، وبعبارة أخرى أنَّ العبارة هي القاعدة العامة، والاهتمام بالقصد استثناء فالقول بعدم صحة عقود السكران بمباح ـ أي الذي شرب دواء مباحاً فسكر به، أو اضطر إلى شرب الخمر لعطش مهلك ولم يجد غيرها ـ استثناء عن هذه القاعدة الكلية لا يقدح فيها[2]، قال البزدوي: «وإنَّما لم يرفع الخطاب عن السكران، لأنَّ السكر لا يزيل العقل، لكنه سرور يغلب العقل، فإن كان سببه معصية لم يعد عذراً، وإذا كان مباحاً جعل عذراً، ولهذا فما يعتمد الاعتقاد مثل الردة لا يثبت بالسكر ولو كان بحرام، وذلك لعدم ركنه وهو القصد، لا لأنَّ السكر جعل عذراً، وما يبتني على صحة العبارة فقد وجد ركنه، والسكر لا يصلح عذراً»[3].

منبع هذه القاعدة مع المناقشة:

وهذه النظرة من الحنفية نابعة من أصول مذهبهم في شدَّة الاعتبار بما يصدر عن العاقل، وعدم إلغائه وهدره مهما كان السبب، وفي وجوب البحث عن محمل مهما كان بعيداً حتى لا يكون ما صدر عن العاقل هدراً ولغواً.

وهذا المسلك منهم وإن كان فيه عنصر إيجابي وهو النظرة باحترام إلى كل كلمة

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) قال الشاطبي في الموافقات (٢/٥٣): «فالأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلياً هذا شأن الكليات الإستقرائية».

(٣) أصول البزدوي بهامش كشف الأسرار (٤/٣٥٤)؛ وتقويم الأدلة ص (٩٠٧).

يقولها الإنسان وكل فعل يصدر منه. . . غير أنَّ التوغل فيه إلى هذا المبلغ وترتيب تلك الآثار الخطيرة عليه غير مقبول عموماً ولا يتفق مع روح الشريعة الغراء، فكيف يتفق معها القول بصحة طلاق المكره ونكاحه، فالمكره قد رفع الله عنه المؤاخذة على نطقه بالكفر[١]. والرسول قد بيَّن بأنَّ الله قد تجاوز عنه ـ كما سبق ـ فكيف يحكم بنفاذ طلاقه وتصرفاته، ومن جهة أخرى لو قيل بذلك لاستغله الفسقة والفجرة المتسلطون في الإكراه على طلاق من يريدونه، ونكاح من يريدونها، وكذلك الأمر في الغافل الذي لا يعي الخطاب والساهي، والمخطيء فهم غير مكلفين أثناء هذه العوارض[٢]، فكيف يترتب على أقوالهم شيء؟ وحتى السكران إن كان من مصلحته احترام كلمته باعتبار أنَّه إنسان لكنه ليس من مصلحته أن يلزم بما تعاقد عليه أثناء عدم وعيه وأن يذهب جلَّ ماله، أو تفترق منه زوجته وهو لم يقصد ذلك وقد يثور جواب مفاده أنَّ القول بوقوع طلاقه، أو نفوذ بيعه فيه ردع للسكران، فالجواب أنَّ الشريعة قد تكفلت بالعقوبة الرادعة والزاجرة بطريقة أخرى وهي تشريع الحد، وذلك بجلده ثمانين جلدة مثلاً. فالشارع الحكيم يعرف طبائع النفوس، فلا يجوز لأحد الزيادة على الحدود التي رسمها، أو النقص منها.

وعلى هذا يمكن القول بأنَّ هذه الآثار التي تترتب على الرضا والاختيار ليست في الحقيقة نابعة من التفرقة بينهما، بل هي نابعة من هذه النظرة المادية القائمة على العبارة فقط، أو بعبارة أخرى اعتبار كل ما يقوله العاقل البالغ، حتى يمكننا القول بأن هذه التفرقة بين الرضا والاختيار ما هي إلاَّ تكييف فقهي وذلك بتوزيع التصرفات والعقود عليهما. وإلاَّ فإنَّهم لم يلتزموا حتى بالاختيار الحقيقي الذي فسروه بالقصد، ولا بتفسيره بالقصد إلى العبارة بدليل إنَّهم صححوا عقود السكران الذي انعدم فيه القصد مطلقاً، وكذلك الأمر في الغافل والساهي اللذين لم يكن لهما قصد أثناء تلفظهما بالطلاق ـ مثلاً ـ. وما ذكروه من تعليلات وتبريرات مثل أقيم البلوغ والعقل مقام الاختيار فروض فنية فقهية ولذلك يعترض على هذا بأنَّه لو كان البلوغ مع العقل يقوم مقام القصد في الطلاق لوجب أن يصح طلاق النائم، إقامة للبلوغ مع العقل مقام القصد. وإلاَّ كان تعريفهم للاختيار بأنَّه القصد إلى شيء وترجيحه يقتضي أن يدور الاختيار مع القصد وجوداً وعدماً، ومع ذلك فقد انعدم القصد مطلقاً في بعض العقود ـ كما رأينا ـ مع أنَّه صحيح عندهم. بل صرحوا بأنَّ العقود غير المالية لا تحتاج إلى العلم بمضمون اللفظ، «لأنَّ

---

(١) بنص الآية الكريمة: ﴿إلاَّ مَنْ أُكرِهَ وقلبُه مطمئِن بالإيمان﴾. سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٢) جمع الجوامع مع شرحه، تشنيف المسامع للزركشي (١/٢٦٦).

ذلك إنَّما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل»(1).

بعض مظاهر هذه القاعدة عند الحنفية:

وبالإضافة إلى ما سبق فإنَّ هناك مظاهر للدلالة على مدى اعتماد الحنفية على العبارة دون القصد والرضا إلَّا في بعض العقود أنَّهم اشترطوا في قبول الهزل كعذر في العقود المالية أن يكون صريحاً باللسان، ولا يكتفي فيه بدلالة الحال(2). في حين أنَّ الجمهور ذهبوا إلى أنَّ الهازل يصدق في دعوى الهزل إن قامت قرينة على ذلك(3). وكذلك الأمر في الخطأ فقالوا ـ أي الحنفية ـ إنَّ مدعي الخطأ لا يصدق مطلقاً إلَّا أن يصدقه الخصم(4). ولذلك أيضاً لم يثبت الحنفية خيار المجلس، لأنَّه ما دامت العبارة قد صدرت فلا حاجة إلى شيء آخر يكملها(5)، وقد أشار إلى ذلك الطبري فقال: «وعلة هذا القول ـ أي قول الحنفية القائلين بعدم ثبوت خيار المجلس ـ هو أنَّ البيع يتم بالقول ونحوه»(6). في حين أثبته الجمهور من الشافعية والحنابلة والظاهرية، والأوزاعي والثوري والليث وابن عيينة وإسحاق(7)، معتمدين على حديث صحيح(8) فيه، ومعللين بأنَّ في إثباته تحقق الرضا وكماله(9).

ومن مظاهر هذه النظرة المادية الحسية لدى الحنفية أنَّهم حصروا أركان العقد

---

(1) رد المحتار على الدر المختار (3/15).

(2) كشف الأسرار (4/357).

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (2/390)؛ وكشاف القناع (2/5، 6)؛ والغاية القصوى (2/788).

(4) مجامع الحقائق للخادمي (ص 298).

(5) فتح القدير (5/78 ـ 82).

(6) جامع البيان بتحقيق الشيخ محمود شاكر (8/222).

(7) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (129)؛ والغاية القصوى (1/475)؛ والمغني لابن قدامة (3/563)؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (5/153 ـ 156)؛ والمحلى لابن حزم (9/295).

(8) وهو ما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن بسندهم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلَّا بيع الخيار».

انظر: صحيح البخاري، مع فتح الباري (4/328)؛ ومسلم (3/1163)؛ وسنن أبي داود، مع العون (9/322)؛ والترمذي، مع التحفة (4/448)؛ والنسائي (7/217)؛ وابن ماجه (2/736).

(9) فتح القدير (5/74).

في الصيغة ـ أي الإيجاب والقبول ـ فقط[1]. في حين أنَّ الجمهور جعلوا العاقدين والمعقود عليه من أركان العقد، ـ كما سبق ـ واشترطوا كون العاقد عاقلاً بالغاً مختاراً[2]. فهذه دلالة صريحة وواضحة من أنَّ الحنفية لا ينظرون إلى العاقدين والمعقود عليه نظرة تجعلهما من ذاتيات العقد انطلاقاً من أنَّ الأساس في العقود هو العبارة الصادرة وإن كانت تقتضي تلك وجودَ معبر ومتعلَّق للتعبير، وأمَّا الجمهور فلما كان القصد عندهم من أهم مكونات العقد نظروا إلى العاقد الذي يتعلق به القصد فجعلوه ركناً فيه، ثمَّ نظروا فيه هل تصرفاته صادرة عن قصد واختيار لتصحح عقوده وتصرفاته، أم لا، فالصيغة ليست هي كل العقد من حيث هي، بل وإنَّما جعلت ركناً لأنَّها تعبير عن القصد، فهي تستمد قوتها من كونها دليلاً على ما في القلب[3].

ومن مظاهر هذه النظرة المادية أنَّ الحنفية اعترفوا بأنَّ العقد الفاسد حرام مخالف للدين ومع ذلك يفيد الملك بعد القبض[4] ـ كما سبق ـ وهذه النظرة المادية القائمة على اعتبار الظاهر تظهر بوضوح في كثير من فروع الفقه، ففي العبادات ذهب الحنفية إلى أنَّ الكلام يبطل الصلاة سواء كان عمداً، أو خطأً، أو ناسياً، أو نائماً، أو مكرهاً حتى إنَّ زلة القارىء تبطلها[5]. في حين ذهب الجمهور إلى أنَّ الكلام ناسياً أو جاهلاً لا يبطلها[6]. فنظر الحنفية إلى الواقعة الكلامية مع قطع النظر عما وراءها من دوافع في حين نظر الجمهور إلى الكلام مع ما وراءه من سبب، وكذلك الأمر في سفر المعصية فقد جوز الحنفية للعاصي بسفره التمتع برخص السفر، اعتماداً على وجود السفر نفسه مع قطع النظر عما يصاحبه[7]، في حين ذهب الجمهور إلى أنَّ الرخص لا تستفاد من المعاصي[8].

نقد التعاريف السابقة، والوصول إلى تعريف صحيح:

بعد هذا العرض المسهب لوجهة نظر الحنفية من خلال النصوص التي نقلناها

---

(1) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢)؛ والمجموع للنووي (٩/١٤٩)؛ وكشاف القناع للبهوتي (٣/٢).

(2) انظر المصادر التي ذكرناها في مبحث العقد.

(3) سيأتي لهذا مزيد تفصيل في الباب الثاني بإذن الله تعالى.

(4) فتح القدير (٥/١٨٥).

(5) بدائع الصنائع (٢/٦٠٤)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (١/٢٨١).

(6) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/٢٨٢)؛ والغاية القصوى (١/٢٧٣)؛ والمغني لابن قدامة (٢/٤٦).

(7) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (١/٣٩٢ ..).

(8) الغاية القصوى (١/٣٢٥)؛ والمغني لابن قدامة (٢/٢٦١).

من أمهات كتبهم بخصوص عدم اعتبار القصد في بعض العقود مع أنَّ الاختيار قد عرفوه بأنَّه القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر(١).

فنحن أمام أمرين لا مفر منهما:

أحدهما: أن نقول إنَّ هذا التعريف ليس بجامع لجميع أفراده بدليل أنَّ عقود السكران الذي لا يعي وليس عنده أي قصد صحيح، وأنَّ الطلاق ونحوه لا يشترط فيه القصد مطلقاً كما قالوا. وذلك لأنَّهم صرحوا بأنَّ الاختيار شرط أساسي لانعقاد جميع التصرفات والعقود(٢)، فعلى هذا إذا انعدم الاختيار ـ بمعنى القصد ـ انعدم التصرف مع أنَّهم صرحوا بأنَّ القصد ليس بشرط ولا بمعتبر في بعض العقود كالطلاق ونحوه ولهذا يقع طلاق المكره والمخطىء والغافل والساهي والسكران(٣). قال عبد العزيز البخاري وغيره: «ولكن الرضا فات ـ أي في عقد المخطىء ـ لعدم القصد حقيقة فينعقـد»، وقال: «اعتباراً بأنَّ القصد أمر باطن لا يوقف عليه فلا يتعلق بوجوده حقيقة، بل يتعلق بالسبب الظاهر الدال عليه...»(٤).

فعلى ضوء هذا ليس الاختيار القصد بل هو العبارة نفسها.

ثاني الأمرين: أن نقول: إنَّ الاختيار هو القصد، والتعريف صحيح، فحينئذٍ لا بدَّ من القول بأنَّ الاختيار ليس بركن ولا بشرط في جميع التصرفات والعقود بل في بعضها. أمَّا القول بأنَّ معناه: قصد، مع الحكم بكونه شرطاً أساسياً لجميع التصرفات ثمَّ تصريحهم بعدم اشتراط القصد فارتباك بين لا يمكن أن يقبل، وقد حاول بعضهم تفادي ذلك بتبرير فقهي وفرض تقديري فقال: «الاختيار موجود تقديراً بإقامة البلوغ عن عقل مقام القصد»(٥)، ثمَّ ناقض كلامه فقال في مكان آخر: «لكن الرضا فات لعدم قصده حقيقةً»(٦).

(١) كشف الأسرار (٤/٣٨٣)؛ وشرح التوضيح على التلويح (٢/١٩٦)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختـار (٤/٥٠٧)؛ والمصادر السابقة.
(٢) المصادر السابقة التي ذكرناها في أول المبحث.
(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣/٥)؛ والمصادر السابقة.
(٤) كشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/٣٨٢).
(٥) كشف الأسرار (٤/٣٨٢).
(٦) المصدر السابق نفسه.

فعلى ضوء ما سبق إما أن نقول: إنَّ الاختيار هو العبارة نفسها، لكنه يرد علينا حينئذٍ أن العبارة في حد ذاتها ركن العقد فحينئذٍ لا يبقى للاختيار أي معنى، كما أنَّ تفسيره بها بعيد جداً في اللغة[٣] ولم نره في الاصطلاح، وإما أن نلجأ إلى حل آخر يأتي آنفاً.

وكذلك الأمر في الرضا فالحنفية عرفوه بأنَّه: «امتلاء الاختيار ـ أي بلوغه نهايته ـ بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة على الوجه ونحوها»[٤]، ومع ذلك فهم لم يشترطوا في صحة العقود التي اشترط فيها الرضا أن يظهر هذا الأثر على الوجه بل اكتفوا بكونه غير مكره[٥].

لذلك فالذي يظهر للباحث هو أنَّ السادة الحنفية فرقوا بين ثلاثة أمور، وصنفوا العقود ورتبوا الآثار على ضوئها:

الأول: العبارة فقط أي العبارة الصادرة ممن له الأهلية والموضوعة للدلالة على ترتيب الآثار.

الثاني: قصد العبارة دون قصد الأثر المترتب عليها وهو الاختيار.

الثالث: قصد العبارة والأثر. وهو الرضا[٦].

فالأول هو ركن في جميع التصرفات والعقود. والثاني شرط لانعقاد العقود المالية، وليس بشرط للعقود التي يستوي فيها الجد والهزل كالطلاق والنكاح ونحوهما. ولذلك يقع طلاق السكران والغافل والساهي ممن لا قصد له إطلاقاً، والاختيار بهذا المعنى لا ينافي الإكراه بل يجتمع معه ولذلك تنعقد عقود المكره ـ المالية ـ لكن لكونها تحتاج إلى شرط آخر لا تكون صحيحة. وأمَّا الثالث فهو شرط لصحة العقود المالية وليس بشرط في العقود غير المالية إطلاقاً.

إذن فمحل النزاع بين الرضا والاختيار هو في العقود المالية، أمَّا العقود غير المالية والتي لا تقبل الفسخ فليس واحد منهما شرطاً فيها لا لصحتها ولا لانعقادها.

---

(١) المصادر اللغوية السابقة في أول المبحث.

(٢) كشف الأسرار (٣٨٢/٤). وراجع: التلويح (١٨٧/٢)؛ وحاشية ابن عابدين (٥٠٧/٤).

(٣) انظر فتح القدير (٧٤/٥).

(٥) وراجع: الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور، المدخل ص (٥٦٠).

فالرضا والاختيار يجتمعان في حالة بيع تم برضا الجانبين أي قصد كل واحد منهما العبارة، والأثر، ويفترقان في بيع المكره الذي قصد العبارة فتحقق الاختيار، ولم يرد الأثر الذي يترتب عليها فلم يتحقق الرضا، وفي بيع المخطىء حيث لا يتحقق فيه الرضا ـ أي قصد الأثر ـ، لكنه يتحقق فيه الاختيار ـ أي قصد العبارة ـ وإن كان في الظاهر. أو أنَّه قصد العبارة نوعاً ما. غير أنَّه يرد علينا حينئذٍ عقود السكران الذي لا وعي له، ولا قصد ومع ذلك فإنَّ الحنفية يقولون بنفاذها وصحتها حتى عقوده المالية، ويمكن الجواب عنه بأنَّ ذلك استثناء من القاعدة العامة لا يخرمها، وهو أنَّه قد اعتمد على العبارة فقط دون الاعتماد على القصد والرضا بناء على أنَّ السكران المتعدي عاص يستحق الردع والزجر، أو بناء على أنَّ إقدامه على المسكر الحرام عن رضا واختيار يعتبر بمثابة الاختيار، والرضا بكل ما يترتب عليه. فعلى هذا فالعقود غير المالية كالطلاق، وعقود السكران حتى المالية تعتمد في انعقادها وصحتها بل ولزومها على العبارة فقط، وأمَّا غيرها فتعتمد في انعقادها على الاختيار، وفي صحتها على الرضا.

هذا ومما يؤكد هذا الاتجاه هو ما ذكره الفقيه الأصولي أبو زيد الدبوسي الحنفي (ت. ٤٣٠هـ) في معرض التفرقة بين المالي والعبادات فقال: «فالعبادات اسم لنوع فعل ابتلى الأدمي بفعله تعظيماً لله تعالى مختاراً لطاعته على خلاف هوى نفسه، لا على سبيل الجبر والإكراه، وفي المالي بفعل يتأدى بالمال إما فعل لسان من نحو الإعتاق، أو فعل يد كالإعطاء»(١). فقد حصر تأدية المال على شيء مادي يصدر من الإنسان وهو إما اللفظ، أو الفعل ثمَّ يوضح الدبوسي مذهب الحنفية قائلاً: «كالمكره الذي هو مغلوب بغيره، وهذا لم يجعل عذراً عند الله تعالى لقدرته لا محالة على الدفع... والسكر الذي لم يجعل عذراً، وكذلك نكاح المخطىء وطلاقه وعتاقه ونذره وكل ما لا يبطله الهزل لم يبطل بالخطأ»(٢). وعلل ذلك بقوله: «لأنَّ الموجب لصحة كلامه شرعاً قائم أصلاً مع الخطأ». والموجب كما ذكره هو القول أو الفعل الصادر من العاقل البالغ ثمَّ قال: «وأمَّا البيع خطأ فلا ينبغي أن يلزم، كما لا يلزم مع الهزل، لأنَّ الشرع جعل لزومه على التراضي بعد صحة المعاقدة، ولا رضا إلاَّ بعد قصد صحيح. وأمَّا عقد يلزمنا حكمه بلا شرط رضا ـ كالطلاق ـ فلا يبطل لعدم القصد»(٣) ثمَّ قال: «فالمكره مختار لما فعله.. وإنَّما يبطل به ما يتعلق لزومه بالرضا كالبيع والإجارة...»(٤).

(١) تقويم الأدلة، مخطوطة الدار ص (٨٨٣، ٨٨٤).

(٢) المصدر السابق ص (٩٠٥، ٩٠٧، ٩٠٩).

(٣) تقويم الأدلة ص (٩١٠).

(٤) المصدر السابق نفسه.

إشكال، ودفعه:

يتضح مما عرضناه أننا وصمنا مذهب الحنفية بالاعتماد على العبارة، وما هو محسوس دون اعتناء كبير بالقصد الحقيقي وهنا يثور سؤال: أنَّ بعض فقهاء الحنفية صرحوا بأنَّ مبنى العقود على المعاني قال العلامة المرغيناني (ت ٥٩٣ هـ): «والمعنى هو المعتبر في هذه العقود»[١]. وقال ابن نجيم: «والاعتبار للمعنى لا للألفاظ»[٢].

للجواب عن ذلك نقول: إنَّ هذه النصوص لا تدل على اعتبار القصود، وإنَّما تدل على اعتبار المعاني للألفاظ بعدما صدرت من العاقدين ـ أي تفسير الألفاظ ـ وهذا ما مثل به ابن نجيم نفسه فقال: «منها الكفالة فهي بشرط براءة الأصيل حوالة، وهي بشرط عدم براءته كفالة»[٣]. أي لا يشترط نص اللفظ، وإنَّما يؤخذ المعنى من مجموع الجملة مع دلالتها وقال: «ومنها لو قال: أبيعك إن شئت أو شاء أبي أو زيد. إن ذكر ثلاثة أيام أو أقل كان بيعاً بخيار للمعنى، وإلا بطل للتعليق...، ولو قال: أعتق عبدك عني بألف كان بيعاً للمعنى... وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة، والتمليك، وينعقد السلم بلفظ البيع كعكسه..»[٤]. وكذلك مثَّل له المرغيناني فقال: «رضيت بكذا» أو «أعطيتك بكذا» أو «خذه» في معنى قوله: «بعت واشتريت، لأنَّه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود»[٥].

فالمقصود بهذا الكلام هو أنَّه لا يُشترط ألفاظ مخصوصة لهذه العقود بل تؤدي بكل لفظ يدل على العقد المطلوب إنشاؤه، كما أنَّه لا تفسر الكلمة الواقعة في الإيجاب، أو القبول بوحدها بل بما تدل عليه الجملة الواقعة هي فيها فمثلاً: «أعتق عبدك بألف» ليس هذا عتقاً وإن كان في الجملة لفظ عتق بل هو إيجاب بالبيع لوجود الثمن، والعتق لا ثمن فيه ومثلاً لا يشترط في لفظ الخيار أن نقول: «ولي الخيار ثلاثة أيام» بل لو استعملنا جملة تدل عليه قبلناها وحملناها على الخيار، أي فالأحناف لا يقفون في العبارة عند نصيتها وحرفيتها بل يفسرونها حسب ما تدل عليه الجملة جميعها بسياقها ولحاقها وقرائنها. وهذه التفسيرات كلها داخلة في نطاق العبارة ولا تتجاوزها إلى مكامن النفس.

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٥/٧٦).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٠٧).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) الأشباه لابن نجيم ص (٢٠٧ ـ ٢٠٨).

(٥) الهداية مع فتح القدير (٥/٧٦).

ثمَّ حتى هذا الكلام خاص بالعقود المالية ولهذا خصص المرغيناني نفسه بقوله: «والمعنى معتبر في هذه العقود» وقد علَّق عليه ابن الهمام بقوله: «وإنَّما قال: في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فإنَّ اللفظ فيهما يقام مقام المعنى، وأنت تعلم أنَّ إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير»[١].

آثار عدم التفرقة بين الرضا والاختيار عند الجمهور:

لم يفرق الجمهور بين الرضا والاختيار ـ كما سبق ـ وإنَّما فسروهما بمعنى: قصد التعبير والأثر وترتب على ذلك نتائج وآثار خطيرة تكمن في نظرتهم إلى العقود باعتبارها مبنية على الرضا الباطن، وأنها مبنية على القصود والمعاني، وأنَّ صحة القول بالقصد والاختيار وإنما الألفاظ وسيلة من وسائل التعبير حيث إنَّ الرضا أمر خفي فأنيط الحكم باللفظ[٢]. فإذا ظهر لنا عدم سلامة القصد والاختيار فيحكم على ضوء هذا الباطن ولا عبرة بالألفاظ قال الشافعي: «لا يصح طلاق المخطىء لأنَّ الطلاق يقع بالكلام، والكلام إنَّما يصح إذا صدر عن قصد صحيح، ألا ترى الببغاء إذا لقن فهو والآدمي سواء»[٣]. ومن هذا المنطلق حكموا على العقود التي شابها عيب من عيوب القصد بعدم انعقادها، أو عدم صحتها، فالأساس هو القصد السليم، قال الشاطبي: «فالعمل إذا تعلَّق به القصد تعلَّقت به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون[٤]. وشبه ابن الحاجب المخطىء بالنائم[٥]، وقال العز بن عبد السلام: «مدار العقود على العزوم والقصود». ويقول الغزالي والنووي: «الركن الثالث ـ أي من أركان الطلاق ـ القصد إلى لفظ الطلاق ومعناه... واختلال القصد بثلاثة أسباب، وهي: أن لا يقصد اللفظ كالنائم، ومن سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى لم يقع طلاقه[٦]، والإكراه

---

(١) فتح القدير (٥/٧٦)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٢٠٨).

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٥)؛ والمنتهى لابن الحاجب ص (٣٢)؛ وفتح العزيز بهامش المجموع (٨/٩٩).

(٣) الوسيط، مخطوطة الدار (٣١٢ فقه شافعي) ورقة (١٧٧)؛ والروضة (٨/٥٣). وراجع: كشف الأسرار (٤/٣٨١).

(٤) الموافقات للشاطبي (٢/٣٢٤).

(٥) المنتهى ص (٣٢). وراجع: القوانين الفقهية ص (١٩٧، ١٩٩) حيث ذكر أنَّه لا يقع طلاق المكره ومن سبق لسانه إلى الطلاق ولم يرده.

(٦) المصادر السابقة وفتاوى ابن الصلاح الشهرزوري، ط. مطبعة الحضارة القاهرة ١٤٠٣ هـ ص (٢٦٠).

حيث إنَّ التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه باطلة. وهو مذهب مالك[١] وأحمد[٢] واختلال العقل بسبب غير متعد كجنون، أو إغماء أو أوجر خمراً، أو أكره عليها، أو لم يعلم أنَّ المشروب من جنس ما يسكر، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك لم يقع طلاقه. أمَّا المسكر بتعد فيقع طلاقه على المذهب، وحكي قول قديم للشافعي ـ وهو رواية عن أحمد ـ[٣]، وأثبته الأكثرون بأنَّه لا يقع»[٤]. ويقول ابن القيم: «فالنية ـ أي القصد ـ هي روح العمل ولبه، وقوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها، ويفسد بفسادها»[٥].

وأمَّا الهزل فهو لا يؤثر في الطلاق ونحوه[٦] للحديث السابق، وأما في غيره من المعاملات المالية فلا يصح معه العقود المالية عند أكثرهم[٧].

وقد نص جمهور الأصوليين على امتناع تكليف السكران الذي لا يعي والغافل والملجىء، وكذا المكره على الصحيح[٨]، قال إمام الحرمين: «السكران يمتنع تكليفه خلافاً لطوائف من الفقهاء، والدليل على امتناع تكليفه استحالة فهم الخطاب والامتثال قصداً إليه غير ممكن دون فهم الخطاب»[٩]. قال ابن السبكي: «والصواب امتناع تكليف الغافل والملجأ، وكذا المكره على الصحيح»[١٠]. وقال ابن الحاجب المالكي:

---

(١) القوانين الفقهية ص (١٩٧).

(٢) المغني لابن قدامة (١١٨/٧).

(٣) المغني لابن قدامة (١١٤/٧).

(٤) الوسيط، مخطوطة الدار رقم (٣١٢ فقه شافعي) ورقة (١٧٧)؛ والروضة (٥٣/٨ ـ ٦٢)؛ والغاية القصوى (٧٨٨/٢).

(٥) أعلام الموقعين (١١١/٣).

(٦) انظر: القوانين الفقهية ص (١٩٩)؛ والغاية القصوى (٧٨٨/٢)؛ والمغني لابن قدامة (١٣٤/٧).

(٧) في مذهب الشافعي رأيان قال النووي: قال أصحابنا في بيع الهازل وشرائه وجهان: أصحهما ينعقد كالطلاق والثاني: لا...

انظر: المجموع (١٧٣/٩).

(٨) انظر: التوضيح على التنقيح (٢٠٥/٣)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣١١)؛ والمنتهي لابن الحاجب ص (٣٢)؛ والبرهان (١٠٥/١)؛ وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع (٢٦٦/١)؛ والبدر الساطع (٣٨٣/١)؛ ففيه تحقيق لطيف حول تكليف الغافل.

(٩) البرهان، ط. قطر (١٠٥/١).

(١٠) جمع الجوامع مع تشنيف المسامع، والبدر الساطع، ط. فرج الله زكي الكردي بمصر (٢٦٦/١).

«الفهم شرط التكليف والمخطىء غير مكلف، والمختار في المكره أنَّه إن بلغ حداً ينفي الخيار لم يجز تكليفه»[1]. وقال ابن النجار الحنبلي: «إنَّ الإكراه يزيل الاختيار»[2]. وقال الإمام أحمد في رواية: أنَّ السكران مرفوع عنه القلم كالمجنون، وهذا ما اختاره ابن قدامة[3]، والطوفي[4]. وعن أحمد رواية ثانية أنَّه كالصاحي في أفعاله، وكالمجنون في أقواله[5]. قال ابن النجار: والصحيح في مذهب أحمد حكم السكران حكم المغمى عليه والمجنون[6]. وقال الشوكاني: السكران ليس بمكلف[7].

وقد فصل الإمام الزركشي في البحر[8] هذه المسألة وأفاض فيها ونحن نذكرها بإيجاز. فقال: إنَّ من شروط التكليف الفهم، وذلك لأنَّ الإتيان بالفعل على سبيل القصد والامتثال يتوقف على العلم وهو ضروري فيمتنع تكليف الغافل كالناسي والمخطىء، ولقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[9].

قال الصيرفي: لا يقع الأمر بالخطأ والنسيان، ولا النهي عنهما لامتناع الأمر بما لا يتهيأ قصده، لأنَّه لو قصد تركه لم يكن ناسياً، لقوله تعالى: ﴿وليسَ عليكُم جُنَاح فيمَا أخطأتُم بهِ ولكن ما تَعمَّدتْ قلوبُكُم﴾[10]. وهذا وقد اتَّفق جماهير الأصوليين من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية على أنَّ السكران لا يتوجه إليه خطاب بالتكليف[11]. غير أنَّنا نجد جماعة من الفقهاء يصرحون بأنَّ السكران بمحرم مكلف

(١) المنتهي ص (٣٢).

(٢) شرح الكوكب المنير، ط. جامعة الملك عبد العزيز (١/٥٠٥، ٥٠٧، ٥٠٩).

(٣) روضة الناظر ص (٢٧).

(٤) مختصر الطوفي ص (١٢).

(٥) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ص (٣٧ - ٣٨).

(٦) الكوكب المنير (١/٥١٠)؛ والمدخل إلى مذهب أحمد لابن بدران ص (٥٨).

(٧) إرشاد الفحول ص (١١).

(٨) البحر المحيط، مخطوطة الدار جـ ١ / ورقة (١١١).

(٩) سبق تخريجه في أوَّل المبحث.

(١٠) سورة الأحزاب: الآية ٥.

(١١) مسلم الثبوت (١/١٤٣)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣١٠)؛ والمنتهي ص (٣٢)؛ وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع (١/٢٦٦)؛ والبحر المحيط للزركشي، مخطوطة الدار (١/١١١)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٥)؛ والمصادر السابقة.

ولهذا يقع طلاقه ويصح إيلاؤه وعلى رأسهم الشافعي حيث يقول: «ومن شرب خمراً أو نبيذاً فأسكر فطلق لزمه الطلاق والحدود كلها والفرائض، ولا تسقط المعصية بشرب الخمر. فإن قال قائل: هذا مغلوب على أمره، والمريض والمجنون مغلوب على عقله، قيل: المريض مأجور مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله، وهذا مضروب على السكر غير مرفوع عنه. فكيف بقياس من عليه العقاب بمن له الثواب»(١).

ومن هنا يثور إشكال بين ما قاله الإمام الشافعي وكثير من الفقهاء في حق السكران وبين ما قاله جمهور الأصوليين حتى من أتباعه.

قال الإمام الغزالي: «بل السكران أسوأ حالاً من النائم الذي يمكن تنبيهه ومن المجنون الذي يفهم كثيراً من الكلام فإما أن يكون ما قاله الشافعي قولاً ثالثاً مفصلاً بين السكران وغيره للتغليظ عليه وهو الأقرب، أو يحمل قوله على السكران الذي لم يفقد التمييز دون الطافح المغشى عليه ولا ينبغي أن يظن ظان أنَّ الشافعي يُجوِّز تكليفَ الغافل، فقدرُه رضي الله عنه أجلُّ من ذلك»(٢). قال الأسنوي: «هل السكران مكلف حتى تصح تصرفاته كلها سواء كانت له أو عليه.. أم لا؟. فيه ثلاثة أوجه، الصحيح - أي عند الفقهاء - أنَّ حكمه حكم الصاحي والثاني: لا. والثالث: يصح ما عليه دون ما له مؤاخذة وتغليظاً»(٣).

والواقع أنَّ هذا الخلاف بين الأصوليين والفقهاء راجع إلى اختلاف فني فالأصوليون ليس من شأنهم البحث عما أسكر به، وهل هو حرام أو حلال، وإنَّما شأنهم البحث عن التكليف ومحله ومدى قابلية المكلف من حيث الفهم والعقل، ولذلك قالوا: كل من لم يفهم الخطاب سواء لغفلته أو سكره لا يكون مكلفاً، وأمَّا الفقهاء فقد نظروا إلى واقع المسكر والحالة التي هو فيها هل بسبب حرام يستحق الزجر، والعقاب أم بسبب مباح، وإلى ما قبل سكره، فإنَّ له دخلاً فيه بأن أقدم على شرب مسكر وهو يعلم أنَّه يسكر به فهو يتحمل هذه المسؤولية، وهو ليس بمعذور حتى يسامحه الشرع بل يستحق التعزير والعقاب، أمَّا إذا لم يكن بتعد منه بأن شرب الخمر مكرهاً، أو جاهلاً، أو اضطر لشربها حيث انغص بلقمة فلم يجد ماء، أو شرب دواء فأسكر به فاتفق الأصوليين والفقهاء على عدم تنفيذ تصرفاته القولية(٤). فالخلاف إذن

(١) الأم (٥/٢٣٥).

(٢) المستصفي (١/٨٤)؛ والبحر المحيط (١/ ق ١١١).

(٣) التمهيد (ص ١٠٩)؛ والبدر الساطع مع تشنيف المسامع في شرح جمع الجوامع (١/٢٧١).

(٤) المصادر السابقة.

في السكران بتعد، ويوضح ما ظهر لي ما أجاب به العلامة ابن الصلاح الشهرزوري حينما أورد إشكالاً مفاده أنَّ العلماء ذكروا في الأصول أنَّ المكره يدخل تحت الخطاب والتكليف، وذكروا في الفقه أنَّ طلاقه وإقراره وردته لا يصح - أي عند الجمهور - فكيف يجمع بينهما؟ فأجاب بأنَّه مكلف حالة الإكراه ومع ذلك يخفف عنه بأن لا يلزم بحكم ما أكره عليه من طلاق وبيع وغيرهما لكونه معذوراً[1]. وبعكس ذلك السكران حيث إنَّه غير مكلف في نظر الأصوليين في حين رتب بعض الفقهاء على أقواله أحكاماً، تشديداً عليه وذلك لأنَّ نظر الأصوليين إلى الإنسان من حيث كونه أهلاً للتكليف أو غير أهل له في حين أن نظر الفقهاء إلى الآثار فالمراد بالحكم عند الفقهاء ثبوت الفعل والأثر، وعند الأصوليين توجيه الخطاب، وعلى هذا فلا شك أنَّ السكران غير مخاطب لأنَّه لا يفهم الخطاب حتى يوجه إليه، في حين أنَّه مخاطب عند كثير من الفقهاء بثبوت الأحكام والآثار على أفعاله وبعض أقواله.

إشكالان وردهما:

يثور حول ما ذكرناه إشكالان:

الإشكال الأول مفاده: أنَّ ما ذهب إليه الشافعي وبعض الفقهاء يتفق تماماً مع ما ذهب إليه الحنفية في تنفيذ تصرفات السكران بتعدٍ، فإذاً كيفَ تقول بأنَّ نظرة الحنفية تختلف عن وجهة نظر الجمهور؟

الجواب أنَّ نظرة الحنفية لا تؤخذ من نظرتهم إلى تصرفات السكران فحسب، وإنما تؤخذ كما سبق من نظرتهم إلى المخطىء والهازل والمكره أيضاً ثمَّ إنَّ وجهة نظر الحنفية تختلف حتى في السكران عن وجهة نظر الجمهور، فإذا كان الجمهور قد صرحوا بأنَّ تصرفات السكران بمحرم تنفذ ردعاً وزجراً، فإنَّ الحنفية صرحوا بأنَّ السكران مخاطب بالأحكام، وأنَّ السكر لا يبطل شيئاً من الأهلية فتلزمه أحكام الشرع كلها وتصحح عباراته، لأنَّ السكر يعدم القصد دون العبارة[2]. وأكثر ذلك أنَّ رأياً قوياً داخل مذهب الحنفية يرى أنَّ السكران المكره ينفذ تصرفه، قال عبد العزيز البخاري: «السكر لا يؤثر في تصرفه سواء شرب مكرهاً، أو طائعاً كذا في أشربة المبسوط»[3].

---

(١) البحر المحيط (جـ ١/ ق ١١٤).

(٢) أصول البزدوي (٤/ ٣٥٤)؛ وكشف الأسرار (٤/ ٣٥٤).

(٣) كشف الأسرار (٤/ ٣٥٤) لكنه ذكر بأنَّ قاضيخان ذكر هذا الاختلاف ثمَّ رجَّح عدم تنفيذ المكره بسكر.

ثمَّ إنَّ الجمهور مختلفون في مدى الاعتداد بتصرفاته أو عدمه فذهب الشافعي في المذهب وأحمد في رواية إلى أنَّ السكران بتعد كالصاحي في جميع تصرفاته(١)، وهو قول لبعض علماء المالكية(٢) ـ أي كمذهب الحنفية ـ. وذهب جماعة منهم الليث وإسحاق وأبو ثور، وطائفة من أصحاب الشافعي منهم المزني، واختاره الطحاوي من الحنفية، وهو قول لبعض علماء المالكية، ورواية لأحمد رجحها ابن قدامة(٣) إلى عدم الاعتداد بتصرفات وعقود السكران سواء كانت طلاقاً أو نكاحاً أو بيعاً أو غير ذلك، وهذا مروي عن عثمان وابن عباس(٤). قال الطحاوي: أجمع العلماء على أنَّ طلاق المعتوه لا يجوز، والسكران معتوه(٥). قال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان، ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه، وقال أحمد: حديث عثمان أصح(٦). وذهب جماعة من الفقهاء منهم الإمام مالك إلى التفصيل فقالوا: بصحة طلاقه، وعدم إلزامه بالنكاح والبيع، ونحوهما(٧). **وهذا الخلاف** في السكران بتعدٍ، وأمَّا السكران بدون تعد فلا تصح تصرفاته مطلقاً بلا خلاف إلاَّ في السكران بإكراه عند بعض الحنفية(٨).

فعلى ضوء هذا فالراجح لدى أكثرية الجمهور عدم صحة تصرفاته القولية فحينئذٍ لا يرد إشكال حيث لم يتفقوا مع الحنفية القائلين بصحة تصرفاته مطلقاً.

الإشكال الثاني: مفاده أنَّه يرد على القائلين بصحة تصرفات السكران أنَّه: كيف يكلف وهو لا يفهم شيئاً، وبعبارة أخرى كيف يتفق قولهم هذا مع قولهم باشتراط القصد حيث إنَّ السكران لا قصد له، أي لم يبق فرق بينكم وبين الحنفية في عدم الاعتداد بالقصد؟ وذلك لأنَّ السكران الذي لا يعقل ـ كما قال الغزالي ـ أسوأ حالاً من النائم

---

(١) الأم (٥/٢٣٥)؛ والمنثور في القواعد (٢/٢٠٥)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١١٤ ـ ١١٦).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/١٨)؛ والقوانين الفقهية ص (١٩٦).

(٣) المغني (٧/١١٤ ـ ١١٥).

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/٢٠٣)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١/١٨)؛ والقوانين الفقهية ص (١٩٦). وراجع: الروضة للنووي (٨/٦٢)؛ والمغني لابن قدامة (٩٧/١١٤ ـ ١١٦).

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٥/٢٠٣).

(٦) المغني لابن قدامة (٧/١١٥).

(٧) أحكام القرآن لابن العربي (١/١٨)؛ وتفسير القرطبي (٥/٢٠٣)؛ والقوانين الفقهية ص (١٩٦).

(٨) المصادر السابقة.

الذي يمكن تنبيهه، ومن المجنون الذي يفهم كثيراً من الكلام[1].

فقد أجيب عن هذا الإشكال بعدة أجوبة نوجزها فيما يلي:

وقبل أن نذكر نبادر بالقول بأنَّ جماعة من العلماء قد حرروا محل النزاع وحاولوا أن يجمعوا بين الفريقين المتنازعين وذلك بإيجاد محمل لكل قول. قال الزركشي: «والظاهر أنَّ الخلاف في غير المنتهى إلى ما لا يعقل البتة، وبذلك صرَّح أبو خلف الطبري في كتاب الطلاق فقال: إنَّ السكران على نوعين: أحدهما: يعقل ما يقول فهذا مخاطب، وتصح جميع تصرفاته. والثاني: لا يعقل ما يقول وقد زال عقله وذهب حسه بالكلية فهذا غير مخاطب فلا يصح شيء من تصرفاته ولا حكم لكلامه هذا هو المختار»[2]. قال الرافعي: «لو حلف أن لا يكلم فلاناً فكلمه وهو سكران حنث إلاَّ إذا انتهى إلى السكر الطافح»[3].

قال الزركشي: هذا هو قضية كلام الإمام في النهاية، وصرح بأنَّه إذا انتهى إلى حالة النائم، أو المغمى عليه فالوجه القطع بإلحاقه بهما. وقال: وأبعد من أجراه على الخلاف. قال ابن العربي وابن شاس: «الخلاف في السكران الذي بقي له وعي وفهم، وأمَّا المنتهى في السكر بحيث لم يبق له تمييز، ولا يعرف السماء من الأرض فغير مكلف إجماعاً»[4]. ولم يسلم لهما الوفاق ابن السبكي فقال: «وليس كذلك لخلاف الحنفية»[5]. ويرد على هذا التأويل إشكال وهو أنَّ السكران لا يطلق عند الإطلاق إلاَّ على من وصل به السكر إلى أن لا يفهم شيئاً كما يدل عليه قوله تعالى: ﴿لا تقرَبوا الصلاةَ وأنتُم سُكَارَى حتَّى تعلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[6]، أي حتى تفهموه قال ابن كثير: «أحسن ما يقال في حق السكران أنَّه الذي لا يدري ما يقول»[7]. وقال أبو حنيفة: «السكران من لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة»[8]. كما أنَّ هذا

---

(١) المستصفى (١/٨٤)؛ والإرشاد لابن حجر (٣/١١٤)؛ وتشنيف المسامع (١/٢٦٧).

(٢) البحر المحيط (١/ ق ١١١).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٥).

(٤) الأحكام لابن العربي (١/٤٣٤ - ٤٣٥)؛ والبحر للزركشي (١/١١١).

(٥) رفع الحاجب، مخطوطة جـ١ / ورقة (١٣٢ ب). وراجع: خلاف الحنفية في التوضيح (٢/٣٦٩).

(٦) سورة النساء: الآية ٤٣.

(٧) تفسير ابن كثير (١/٥٠٠).

(٨) التوضيح لصدر الشريعة (٢/١٨٦).

الجواب لا يتفق مع مذهب الشافعي وكثير من أصحابه بأنَّ السكران يؤاخذ بأقواله سواء كان بلغ حالة عدم الوعي أو في حالة النشو، لأنَّ الإمام الشافعي قد علَّق وقوع تصرفاته على شرب الخمر، وأنَّه معصية[1]. كما أنَّ الحنفية نظروا إلى العبارة الصادرة منه دون النظر إلى القصد الكامن ـ كما سبق[2] ـ.

وإذا لم يسلم هذا الجمع من اعتراض فإننا نوجز الأجوبة الذي ذكرها العلماء وهي:

الجواب الأول: أنَّ السكران لا يصدق في حقوق العباد، لأنَّ كونه سكراناً يعرف منه، وهو متهم في دعواه لفسقه بسكره. وهذا ما نقله الزركشي عن ابن سريج[3]. وهو ضعيف، لأنَّ معرفة السكر يمكن أن تتحقق بوسائل لا تتوقف عليه فقط.

الجواب الثاني: أنَّ إلزام هؤلاء الفقهاء السكران بأقواله وأفعاله من قبيل خطاب الوضع ككون الزوال سبباً لوجوب صلاة الظهر، وإتلاف البهائم سبباً للضمان وهذا النوع من الخطاب لا يحتاج في تحققه إلى العقل ولا الفهم والقصد، وهذا ما اختاره الغزالي وغيره[4]. ولم يرتض به بعض المتأخرين وقالوا: إنَّ خطاب الوضع لا يقتضي مثلاً إيقاع طلاق، ولا إلزام أحد بالآثار، وإنَّما علامات ودلالات على وجود الشيء أو صحته أو نحو ذلك[5].

الجواب الثالث: أنَّ تكليفه عقوبة وردع ـ أي من باب التعزير ـ وهذا ما ذكره الشافعي وغيره ـ كما سبق ـ[6].

الجواب الرابع: هو أنَّ مراد الأصوليين بأنَّ السكران غير مكلف، أنَّه غير مخاطب حال سكره وعدم وعيه. ومراد الفقهاء بأنَّه مكلف، أنَّه مخاطب بعد سكره استصحاباً لما سبق واعتماداً على أصل العقل. قال بعض المحققين: التكليف بمعنى إيجاب القضاء عام في الناسي والنائم والسكران، وبمعنى عدم الخطاب حاصل في

---

(١) الأم للشافعي (٥/٢٣٥)؛ والبحر للزركشي (جـ ١/ ق ١١٢).
(٢) البحر المحيط (١/١١١).
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) المستصفى (١/٨٤)؛ والإرشاد لابن حجر (٣/١١٤).
(٥) البحر المحيط (جـ ١/ ق ١١١ ـ ١١٢).
(٦) الأم (٥/٢٣٥)؛ وراجع البحر (جـ ١/ ق ١١٢).

النائم والناسي، وأمَّا السكران فيلحق بهما؛ وعند بعض الفقهاء لا يلحق بهما[1].

الجواب الخامس: هو أنَّ السكران مكلف ومخاطب قبل سكره أي في حال صحوه بمعنى أنَّ الشارع خاطبه وهو صاح بالغ عاقل، وحذَّره بأنَّه إذا أسكر عاصياً بسكره كانت جميع تصرفاته حال سكره معتبرة وملزماً بها زجراً له عن السكر، وتخويفاً له من التقرب إلى المسكرات وتحذيراً من عواقبه الوخيمة التي تترتب عليه فعلى هذا فقوله تعالى: ﴿لا تقرَبُوا الصلاةَ وأنتُمْ سُكَارَى﴾[2]، ليس خطاباً للسكارى حال سكرهم بل خطاب للصاحين الواعين حتى لا يشربوا الخمر. قال ابن العربي: «والذي يعتقد أنَّه يصح أن يكون خطاباً للصاحي يقال له: لا تشرب الخمر بحال، فإنَّ ذلك يؤدي إلى أن تصلي وأنت لا تعلم فتخلط كما فعل من تقدم ذكره.. والنهي عن التعرض للمحرمات معقول، وهذا الخطاب يتوجه إليه وهو صاح، فإذا شرب، وعصى وسكر توجه عليه اللوم والعقاب، ويصح أن يخاطب المنتشي وهو يعقل النهي، لكن استمرار الأفعال والكلام وانتظامه ربما يفوته فقيل له: لا تفعل وأنت منتشي أمراً لا تقدر على نظامه كله»[3]. وهذا الجواب من أحسن الأجوبة في نظرنا والله أعلم.

هذا ما يتعلق بتصرفات الغافل والهازل والسكران ونحوهم عند الجمهور بإيجاز وأمَّا المكره فنوجز القول أيضاً فيه ونقول: المكره إما أن يكون بحق أو بغير حق فالأول كأن يكرهه الحاكم على بيع ماله لأجل دائنيه فهذا لا خلاف في صحه عقوده[4]. وأمَّا الثاني ـ أي المكره بغير وجه حق ـ فالجمهور من الأصوليين[5] ـ منهم الرازي، والآمدي والبيضاوي ـ قالوا بامتناع تكليفه[6]، وقال بعضهم ـ منهم إمام الحرمين ـ إنَّه لا يمتنع تكليفه، لإمكان الفهم والامتثال وإن كان على كره[7]. وقد فصل فيه الصفي

---

(١) البحر المحيط (١/١١١).

(٢) سورة النساء: الآية ٤٣.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (١/٤٣٥).

(٤) انظر: شرح الخرشي (٥/٩)؛ والمجموع (٩/١٥٩)؛ والإنصاف (٤/٢٦٥)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠).

(٥) جمع الجوامع مع شرحية تشنيف المسامع، والبدر الساطع (١/٢٦٦...)؛ والمنتهى لابن الحاجب ص (٣٢)؛ وروضة الناظر لابن قدامة ص (٢٧)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٥)؛ وإرشاد الفحول ص (١١)؛ والمجموع للنووي (٩/١٥٩)؛ والروضة (٨/٥٦).

(٦) البحر للزركشي (١/١١١)؛ والمصادر السابقة.

(٧) البرهان (١/١٠٦).

الهندي بين القولين وحمل كل واحد منهما على محمل وبذلك انتفى الخلاف فقال: «والحق فيه أن يقال: إن انتهى بالإكراه إلى حد المضطرين بحيث تصير نسبته إلى الفعل المكره عليه كنسبه المرتعش إلى حركته كان جواز التكليف به مخرجاً على الخلاف. . . وإن لم ينته فالأمر به وبضده جائز»[١]. وأمَّا الفقهاء فقال الحنفية منهم ـ كما سبق ـ إنَّ عقوده التي لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح منعقدةٌ وصحيحةٌ وأمَّا عقوده التي لا تقبل الفسخ كالبيع ونحوه فمنعقدة فاسداً[٢]. وأمَّا غيرهم ـ ومنهم مالك والشافعي وأحمد وجماهير العلماء ـ فقالوا: إنَّ تصرفاته كلها باطلة، قال ابن بطال: الجمهور على بطلان نكاح المكره[٣].

ومن هذا العرض يتبين لنا أنَّ الجمهور ـ أي ما عدا الحنفية ـ يبنون صحة العقد على الرضا على خلاف بينهم في التوسع حيث إنَّ أكثرهم اعتماداً عليه الحنابلة، فالمالكية ثمَّ الشافعية[٤]. فقد قال السيوطي: «ولو اختلف اللسان والقلب فالعبرة بما في القلب، وفي البحر نص الشافعي في البويطي على أنَّ من صرح بالطلاق والظهار أو العتاق ولم يكن له نية لا يلزمه فيما بينه وبين الله»[٥]. وقال ابن رجب الحنبلي: «ومن الألفاظ ـ في العقود ـ ما يعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود، وألفاظ الطلاق»[٦]. ولذلك لم نرهم حتى القائلين بصحة عقود السكران بمحرم أن عللوا صحتها بأنَّ العبارة صدرت منه كما قال الحنفية، فقد علل الشافعي ومن معه تنفيذ عقوده بأنَّه عاص لا يستحق الرأفة والرخصة، بل يستحق العقاب وتشديده بنفاذ تصرفاته ردعاً وزجراً[٧].

وهذه النظرة تنبع من أصول مذهب الإمام الشافعي وقواعده العامة التي تقضي بأنَّ الرخص لا تستفاد من المعاصي[٨]. ولذلك يقول الشافعية ومن معهم: أنَّ الكفار مكلفون بالفروع زيادة في عقابهم على كفرهم مع أنَّ العبادة لا تتأدى إلَّا بالنية المتوقفة

---

(١) نهاية الوصول، مخطوطة مايكروفيلم بمعهد المخطوطات (جـ ١ ق ١٨٤).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠).

(٣) فتح الباري في شرح صحيح البخاري (١٢/٣١٩).

(٤) سيأتي لهذا مزيد تفصيل في مبحثه إن شاء الله.

(٥) الأشباه والنظائر ص (٣٣).

(٦) القواعد لابن رجب ص (١٣).

(٧) الأم (٥/٢٣٥).

(٨) الغاية القصوى (١/٣٢٥).

على الإيمان(١)، كما يدل عليه قوله تعالى: ﴿ما سَلَكَكُم في سَقَر قالوا: لم نَكُ من المصلِّين ولم نَكُ نُطعِمُ المسكين وكنَّا نخُوضُ مع الخَائِضِينَ وكنَّا نكذِّبُ بيـوم الدين﴾(٢).

كما أنَّ هذه النظرة تتفق مع رأي الجمهور في أنَّ المسافر العاصي بسفره لا يستحق أن يتمتع بأحكام السفر من القصر والجمع والفطر وغير ذلك(٣). قال الإمام الشافعي: «ليس للعاصي أن يقصر، لأنَّ القصر رخصة، وإنَّما جعلت الرخصة لمن لم يكن عاصياً، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فمَن اضطُر غيرَ باغٍ ولا عَادٍ فلا إثمَ عليه﴾(٤)، وهكذا لا يجمع...»(٥). في حين ذهب الحنفية إلى أنَّ العاصي بسفره يتمتع بكل أحكام السفر بناء على حصول الواقعة المادية وهي السفر، دون ما يحوط به من نية وباعث للخير، أو الشر(٦).

استنتاج من أقوال الجمهور ووصول إلى تعريف مختار للرضا:

نستشف من إثبات أهمية القصد والرضا عند الجمهور وعدم التفرقة بين الرضا والاختيار. إنَّ نظرة الجمهور إلى المعاملات ليست نظرة مادية بل هي نظرة قائمة على صبغ المعاملات صبغة دينية، وربطها بالباطن بحيث تؤثر المعاصي على ترتيب الحكم ـ كما رأينا في السكران بمحرم وبغير محرم ـ.

ثمَّ إن مما تجدر الإشارة إليه أنَّ الخلاف ـ عموماً ـ بين الجمهور والحنفية في ترتيب الآثار الشرعية الظاهرة على العقود، أما الحل والحرمة فلا خلاف بينهم في أنَّهما يتعلقان بالقصد الباطن(٧)، فالخلاف في أنَّ هذه الآثار الظاهرة من انتقال الملكية ونحوه

---

(١) انظر: المستصفى (١/٩١)؛ والمنتهى لابن الحاجب المالكي ص (٣٠ ـ ٣١)، وقال: «الكفار مكلفون بفروع الشريعة خلافاً لأصحاب الرأي». وراجع: رأي الحنفية القائلين بعدم تكليفهم بالفروع في: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (١/١٢٨).

(٢) سورة المدثر: الآيات ٤٢ ـ ٤٥.

(٣) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (١/٣٥٩)؛ والأم (١/١٦٣)؛ والغاية القصوى (١/٣٢٥)؛ والمغني لابن قدامة (٢/٢٦١ ـ ٢٦٣).

(٤) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

(٥) الأم (١/١٦٣).

(٦) حاشية ابن عابدين (٢/١٢٤)؛ والتوضيح (٢/١٩٤).

(٧) وقد قال البزدوي في أصوله بهامش كشف الأسرار (٤/٣٩٥): «الإثم يعتمد عزائم القلوب إذا اتصلت بالفعل». وقال العلامة العيني في رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، مخطوطة في مكتبتنا

هل تتعلق بالقصد الصحيح، أم تتعلق بالعبارة دون اهتمام كبير بالرضا الباطن، فذهب إلى الأول الجمهور في حين جنح الحنفية نحو الثاني. فالجمهور ـ على خلاف بينهم في التوسع فيه ـ ذهبوا إلى أنَّ الأصل هو القصد الباطن والعبارة وسيلة التعبير ولا ينكر أهميتها، لكن ذلك لا يقلل من أهمية القصد، فإذا ظهر ما يدل على أنَّ العبارة لا تعبر عما في النفس فقد فقدت قيمتها كتعبير عن الرضا، ومن هنا يمكن الوصول إلى تعريف جامع مانع للرضا والاختيار وهو: أنَّهما بمعنى واحد وهو: قصد التعبير والأثر. وبذلك تخرج عبارة من لم يكن له قصد أصلاً كالمجنون والغافل والسكران الذي لا يعي ونحو ذلك. كما أنَّه يخرج من له قصد، لكنه لم يقصد الآثار كالمكره والهازل ونحوهما. هذه هي القاعدة العامة أما غير ذلك فهو استثناء فرضته بعض الأدلة أو الظروف الخاصة مثل: السكران بمحرم، حيث يلزم بتصرفاته عند جماعة مع أنَّه ليس له قصد، فهذا لأجل العقاب والردع والزجر؛ أو مثل طلاق الهازل ونكاحه ورجعته فهذه الأمور لدليل خاص وهو الحديث الوارد فيها كما سبق. ثمَّ لا يخفى أنَّ المراد بالعبارة ما يكون تعبيراً عن الرضاء بأي وسيلة كانت قولاً أو فعلاً أو نحوهما ـ على تفصيل سيأتي ـ.

ويمكن أخيراً أن نتساءل: كيف عد الشافعية من الجمهور القائلين باعتبار القصد، والرضا مع أنَّهم قد اعتنوا بالألفاظ عناية فائقة؟.

للجواب عن ذلك نقول: إن اعتناء الشافعية بالألفاظ لا ينبع من أنَّ مدار العقود على العبارة، وإنَّما من كونها أدل الأمور على ما في القلب. وقد سبق أن نقلنا عنهم نصوصاً كثيرة تبرهن على أنَّ مبنى العقود عندهم على الرضا الحقيقي والقصد[1].

وبعد هذا العرض يمكن الاطمئنان إلى أنَّ رأي الجمهور هو الأولى بالترجيح، وأنَّ التعريف المختار في نظرنا للرضا هو: القصد المتجه نحو ترتيب الأثر فإذا لم يوجد القصد، فلا وجود للرضا، كما أنَّه لا بدَّ وأن يكون هذا القصد متجهاً نحو ترتيب الآثار، ليخرج به عقود المكره ونحوه.

= الخاصة، ورقة (١٦٢): إن مبادلة المال بالمال بدون التراضي لا تكون بيعاً شرعياً.
وراجع: أحكام القرآن للجصاص (١/٥٣٦).

(١) انظر: الوسيط للغزالي، مخطوطة الدار ٣١٢ فقه شافعي (٥٧).

المبحث الثالث
التعريف بالرضا في القانون

لم تعن التشريعات الحديثة ببيان تعريف للرضا (Le Consentement) وعندما نعود إلى المعاجم اللغوية الفرنسية نجد أن من بين معانية: الإرادة الطيبة والترخيص(١). غير أنَّ الفقه والقضاء لما رأيا أن آثار الرضاء إنما تظهر عند ظهوره في الخارج، واتصال إرادة أخرى به قيدوه بكونه: التوافق بين الإرادتين على إنشاء أثر قانوني(٢). وأمَّا الفقه العربي الوضعي في مصر والعراق(٣) فقد فرَّق بين الرضا والتراضي(٤) انطلاقاً

---

(١) انظر معجم لاروس، وقاموس المصطلحات القانونية. وراجع:

Antoun Fahmy: LE: Consentement De La Victimè. Paris, 1971, P. 32.

وقد ذكر أنَّ الرضا ليس واقعة مزدوجة. كما ذكر بلانيول المصدر السابق بند ١٠٢ أنَّ الرضا في العقود هو اتفاق الإرادات لكنه بمعناه الضيِّق يراد به قبول كل من الطرفين.

(٢) انظر في تفصيل ذلك:

Mircea Durma: Notification De La Volonte Role La Notipication Dans La Formation Des Actes Juridigues Preace De M. Rene Demogue, Paris, 1930. P. 17. Gino Gorla: Le Role De La Volonte Dans La Promesse Comme Acte Juridique.

المنشورة في مجلة حقوق الإسكندرية سنة ١٩٥٢ - ١٩٥٤ ص (٢٦) وما بعدها؛ و (Marcl) المصدر السابق ص (٦٤) بند ١٧٠ - ١٧٨؛ و (Planiol): المطول العملي للقانون المدني الفرنسي الطبعة الثانية ١٩٥٢ (جـ ٦ ص ٩٩) بند ٩١ - ١٠٢؛ وفهرس القانون المدني القسم الثاني في سنة ١٩٧١، الإعلان عن الإرادة ص (٢) فقرة ٢١؛ ودالوز: الجزء الثاني الفصل الثاني، عملية تشكيل العقد سنة ١٩٧١ ص (١٢) بند ١١٢؛ و L. Josserand المصدر السابق ص (٢٥ - ٢٨)؛ و Morandiere، المرجع السابق ص (١٧٠) بند ٢٩٥.

وراجع: د. السنهوري، الوسيط، ط. ١٩٨١ (٢١١/١)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٦٥): و د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٥٢/١)؛ وأنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني، ط. سنة ١٩٧٨ (١٨٦/١)؛ ومحمد نصر الدين زغلول، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها، طبعة مصر ص (٢٣، ٢٠٦).

(٣) انظر: د. السنهوري، المرجع السابق؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق. وراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (٥٣/١)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (١٠١/١)؛ والحكيم مع البكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام ص (٣١).

(٤) ذهب الأستاذ عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص (٥٢) إلى أنَّ الرضاء واقعة مزدوجة حيث إن من مستلزماته أن يكون ثنائياً. وقد سبق أنَّ قواعد اللغة الغربية تقتضي الفرق بين الرضا والتراضي فالأول ماهية منفردة، والثاني ماهية مشتركة.

من القواعد العربية القاضية بجعل الأول دالاً على ماهية منفردة، والثاني على الماهية المشتركة المزدوجة المؤلفة من رضائين[١]. فقد كان القانون الروماني لا يقبل فكرة الالتزام المجرد ولا قيام الإرادة المنفردة وحدها بإنشاء العمل القانوني، وتأثر بذلك القانون الفرنسي واقتبس الفقه الفرنسي القديم كثيراً من أحكام القانون الروماني وحكم بأنَّ العقد هو محصل الإرادتين، وأن الرضا لا يوجد إلَّا بتوافقهما على إنشاء أثر[٢]، فقد قال بوتيه: «كما أنني لا أملك أن أنقل إلى شخص بمحض إرادتي حقاً على أموالي إذا لم تتحد إرادته مع إرادتي لكسبه، كذلك لا يكون لي بمحض إيجابي أن أعطي على نفسي حقاً لشخص آخر إلى أن تتحد إرادته مع إرادتي»[٣]. ولذلك فقد كان القانون الفرنسي القديم لم يكن يقبل هذه الفكرة كقاعدة، وإن كان أجازها كاستثناء. غير أنَّ جانباً من الفقه الفرنسي قد تغير نتيجة لظهور بعض نظريات حديثة كالنظرية الألمانية القائمة على اعتبار الوعد كسبب للالتزام دون الحاجة إلى ضم وعد آخر إليه[٤]. فقد ذهب هذا الجانب[٥] إلى أنَّ من أوجب يبقى ملتزماً خلافاً للرأي السائد في فرنسا القائل بأنَّ الإيجاب لا يكسب الالتزام كقاعدة عامة إلَّا إذا التحق به القبول[٦]. وكذلك الأمر في القانون المصري القديم والحالي حيث جعلا الإرادة

---

(١) راجع: المبحث اللغوي في التعريف بالرضاء.

(٢) راجع في تفصيل ذلك: (Worms) رسالته بجامعة باريس سنة ١٨٩١ بعنوان: الإرادة الواحدة كمصدر للالتزام؛ و (Guihair) رسالته في جامعة برن سنة ١٩٠١ بعنوان القوة الملزمة في التعبير من الجانب الواحد؛ و (Elias) رسالته بباريس سنة ١٩٠٩ بعنوان نظرية القوة الملزمة في الإرادة الواحدة، المشار إليها في محمد نصر الدين زغلول المرجع السابق ص (٢٣٢ ـ ٢٣٣)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٤٣٢).

(٣) بوتيه في كتابه الالتزامات (٢/٤)، المشار إليه في محمد نصر الدين زغلول ص (٢٤٣).

(٤) وبسبب ذلك فسر شيفاليه في مقالته بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ Cinsentement بالرضا الواحد وقال: إنَّ المادة (١١٠٨ م. ف) استعملها بمعنى الإرادة.

(٥) انظر: (Goldberg): النظرية العامة في الارتباط القانوني بالإرادة الواحدة في القانون المدني الألماني، رسالة جامعة نانسي سنة ١٩١٣ المشار إليه في: محمد نصر الدين زغلول، المصدر السابق ص (٢٢٣).

(٦) ورمز: رسالته السابقة؛ وسالي في كتابه: الالتزامات وإعلان الإرادة، المشار إليهما في محمد نصر الدين، المرجع السابق ص (٢٣٧).

المنفردة مصدراً للالتزام استثناء أي في الحالات التي نص عليها القانون[1]. وأما القانون الإنجليزي فقد اعترف بالعقود المنفردة ـ على حد تعبير ولستون ـ قبل العقود الثنائية بحوالي قرن من الزمن والمراد بالعقود المنفردة: الحالات التي يكون الوعد الملزم فيها صادراً من طرف واحد[2].

فعلى ضوء ذلك فالتراضي هو التوافق بين إرادتين على إنشاء أثر قانوني وأمَّا الرضا فهو الإرادة المتجهة نحو إحداث أثر قانوني.

والإرادة في الواقع حقيقة نفسية كامنة في أعماق صاحبها، لا يمكن الاطلاع عليها، فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على أمر معين[3]. ولذلك لا يعنى بها القانون إلَّا بعد الإفصاح عنها وتحريكها نحو إحداث أثر، وذلك من خلال التعبير عنها بأية وسيلة من وسائل التعبير يقول (Mircea Durme): «إنَّ كل إرادة سواء كانت عملاً من جانب واحد، أو عرضاً، أو قبولاً... يجب حتى تكون لها قيمة قانونية أن تظهر خارجياً، وإجماع الفقهاء على أنَّ الإرادة الداخلية لا تنتج آثاراً قانونية، وأنَّ ظهورها بانفصالها عن الشخص»[4]. ولذلك نرى (Kessler) يعرف الرضا بأنَّه: «تعبير عن إرادة الشخص...»[5]. فالرضا في الحقيقة عملية ذهنية وفكرية تتكون من مجموعة من التصورات العقلية تبدأ من تصور العقد وينتهي بالعزم وتحريك الإرادة نحو إحداث الآثار القانونية عليه، فالعقد المرتقب يظهر للذهن بعناصره المكونة له مع النتائج الاقتصادية التي تترتب عليه أو على الأقل يوجد تصور ما للآثار التي يريد العاقد تحقيقه

---

(١) انظر: المصادر السابقة؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٤٣٥).

وقد أراد المشروع التمهيدي للقانون المصري الحالي في المادة ١/٢٢٨ أن يجعلها مصدراً للالتزام لكنها حذفت في لجنة المراجعة: «عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أنَّ الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً».

انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية (٣٣٩/٢).

(٢) (S. Williston) المرجع السابق ص (١١) بند ١٣.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٦٧)؛ و د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق (٥٤/١)؛ والمصادر السابقة.

(٤) (Mircea) المرجع السابق ص (١٧).

(٥) Kessler, Die Einuillgung Des Verletzten In Inrer, Stratrechtiichen Berlin, Guttentag Ed., 1884, P. 26.

المشار إليه في رسالة أنطون السابقة ص (٣٢).

ثمَّ يقدم عليه، ويعبر عنه بأي وسيلة من وسائل التعبير، وهذا ما يسمى بمفهوم العمل الاختياري[1].

فالرضا في الحقيقة هو ذلك العنصر النفسي، غير أنَّ القانون لما كان لا يسمح له بالدخول في أعماق النفس، بل يعتبر ذلك اعتداء على سرية الضمائر قرر بأنَّ هذه العملية النفسية ملك لصاحبها ما دامت متصلة به، فإذا ما انفصلت عنه وظهرت على مسرح الواقع وأصبحت محسوسة عاد إليها ورتب عليها الأحكام المقررة[2]، ومع ذلك فإنَّ القانون في مصر وفرنسا لم يترك بالكلية هذا الجانب النفسي، بل رعاه، واحتضنه، بل جعله الأساس للتعبير، ولذلك لا اعتداد بمن لم يكن له أصل القصد والإدراك، فلا عبرة بكلام المجنون والسكران الذي لا يعي، وهذا ما نصت عليه محكمة (ديجون) في ٢٨ إبريل ١٩٣١ بقولها: «إنَّ إرادة مدركة لا يمكن أن تصدر إلَّا من شخص يتمتع بكامل قواه العقلية، أو على الأقل يدرك مدى العمل الذي يقوم به»[3]. وكذلك لم يعتد بتعبير صادر عن قصد معيب، وإرادة غير واعية، وبعبارة مختصرة كما يقول (Marcl): «فكما لا يعتد القانون بالإرادة النفسانية بوحدها دون ظهورها فكذلك لا يعتد بالإرادة الظاهرة إن لم يكن لها أساس من القصد والإدراك، أو كان هذا الأساس معيباً»[4]. وإن كانت القضية الثانية ـ أي عدم وجود الأساس القصدي، أو كونه معيباً ـ أصعب في الإثبات من القضية الأولى. هذه هي النظرة السائدة في القوانين ذات النزعة اللاتينية[5].

وأمَّا الفقه الجرماني فهو يعرف الرضاء بالتعبير عن الإرادة انطلاقاً من النظرة المادية التي تسود الالتزامات ذات النزعة الجرمانية والتي لم يجعل التراضي علاقة بين الشخصين بل كعلاقة بين الذمتين الماليتين. فالتعبير المادي عنها ليس مجرد دليل عليها فحسب بل هو الإرادة ذاتها. ولا عبرة بالإرادة النفسية لأنَّها من الظواهر النفسية التي لا يعبأ بها القانون[6]. ثمَّ إنَّ الرضا كمصطلح في القانون المدني لا يتحقق إلَّا إذا كان متجهاً نحو إحداث أثر قانوني، أما إذا لم يتحقق فيه هذا الاتجاه الإلزامي فلا

---

(١) (Marcl) المصدر السابق ص (٦٤) بند ١٧٠ ـ ١٧٤.

(٢) المصدر السابق بند ١٧٠ ـ ١٧٤.

(٣) المشار إليه في (Marcl) المصدر السابق بند ١٧٣.

(٤) المصدر السابق بند ١٧٠ ـ ١٧٨.

(٥) انظر المصادر السابقة.

(٦) (Goldberg) المصدر السابق ص (٧٥).

يسمى رضاء[1]. هذا وقد ثار جدل بين الفقهاء الجنائيين حول ما إذا كان الرضا بالشيء من حيث هو هل يعني الرضا بالآثار مطلقاً؟ مع تسليم الجميع بأنَّ التصرف القانوني لا بدَّ من أن ينتج عنه أثر، وإنما الخلاف في ترتيب الآثار الموضوعة للتصرف، فمثلاً لو رضي (أ) باتهام (ب) بارتكاب جريمة ارتكبها (ج) فهل يعني ذلك رضاءه بأن ينال (ب) العقوبة المقررة قانوناً على الفعل المتهم به؟ فأجاب بعضهم بنعم، وأجاب الآخرون بلا، وبرر موقفه بأنه يمكن أن يكون قصد (أ) تحريك القضية لتنكشف الحقيقة وينال (ج) العقوبة[2].

وليس هذا مناط بحثنا وإنَّما غرضنا أنَّه هل بالإمكان سحب هذا الخلاف على موضوعنا لنقول: إنَّ الرضا بالعقد هل يساوي تماماً الرضا بجميع الآثار المترتبة عليه؟

والذي يبدو لنا أنَّ الرضا من حيث هو ليس من ماهيته الرضا بالآثار فلا مانع عقلاً ولا لغة ولا فقهاً أن يتحقق الرضا بالتصرف دون أن يتحقق الرضا بالآثار، كالعقود الصورية ونحوها ولذلك نرى المشرع يتدخل في ترتيب الآثار، وأنَّ القانون هو الذي وضع على العقد الآثار[3]. ومن هنا لا يستطيع العاقد أن يحيل التصرف غير المشروع إلى تصرف مشروع أو بالعكس، كما أنَّه لا يستطيع أن يمنع عن العقد آثاره التي تترتب عليه، وأيضاً فمن رضي بعقد جهلاً منه بما رتب عليه القانون ـ أي فيما يعد الجهل فيه عذراً ـ لا يعتبر رضا بالآثار[4].

فالرضا ليس من حقيقة وضعه ترتيب الآثار، وإنَّما الفقه قد قيد الرضا في العقود بكونه متجهاً نحو أحداث الأثر القانوني، فلو كان الرضا في حد ذاته يعني الرضا بالآثار لكان في تقييده حشو لا طائل تحته. ونحن هنا لا ننكر أنَّ من سمات التصرف الإرادي انصراف النية نحو بلوغ نتائجه المحددة. ووصولاً إلى هذه النتيجة لا بدَّ من توافر

---

(١) (Planiol) المصدر السابق جزء (٦) بند ٥٦٤، (Perreau) المجاملات والعادات غير الملزمة أمام القضاء، بحث منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٤ ص (٤٨١). وراجع: د. محمود جمال الدين زكي ص (٦٦) و د. السنهوري، الوسيط (٢١٢/١).

(٢) انظر في تفصيل ذلك: د. انطون فهمي، رسالته السابقة الإشارة إليها بعنوان: رضاء المجني عليه، رسالة باريس سنة ١٩٧١ ص (٢٥٧ ـ ٢٦١)؛ و (Gino): المصدر السابق ص (٢٩ ـ ٣٠).

(٣) (Gino) : المصدر السابق ص (٣٠).

(٤) انظر: د. السنهوري: الوسيط (٤٠٣/١) بند ١٧٤ وسيأتي لهذا مزيد تفصيل في مبحث الغلط في القانون.

الدافع، والغرض النهائي من الفعل لكنه مع ذلك تبقى نية ترتيب الآثار شيئاً مستقلاً يحتاج إلى التنبيه والتقييد، ولذلك يربط الرضاء بالآثار بالرضاء بالتصرف عموماً بحكم قوّة قانون العقد كما هو الحال في القانون الإنجليزي[1]، وبحكم سلطان الإرادة الذي قرره القانون ووضع للعقد آثاره كما في القوانين ذات النزعة اللاتينية[2]. ومن هنا يتضح لنا الفرق بين الرضا والإرادة من جانب، وبين الرغبة من جانب آخر فقد كان الفقيه (Binding) على حق حينما قال: «إنَّ الإرادة والرغبة يجوز أن تتعارضا، إذ يجوز أن يريد شخص الوصول إلى تأثير معين من فعل، ولكن ليس لديه الرغبة في الوصول إلى نهايته ولذلك لا يمكن الجزم بأنَّ من يريد شيئاً يرغب أيضاً في نتائجه التي تنجم عنه»[3].

وأياً ما كان ومع قطع النظر عن هذا الجدال النظري فإنَّ الرضا المطلوب في العقود هو أن يكون متجهاً نحو ترتيب آثار قانونية، ولذلك فالرضا بالشيء في نطاق المجاملات والأخلاق لا يعتبر رضاء يتكون منه العقد، وقد وردت تأكيداً على ذلك أحكام قضائية كثيرة في فرنسا ومصر فقد قضت محكمة أورليانز في ٢٣ إبريل ١٨٤٢ م بأنَّ الاكتتاب العام من أجل الخير لا يعتبر تعهداً مقابل عوض[4]. كما أصدرت محكمة بوردو في ٣١ مايو ١٨٤٨ حكماً ببطلان التعهد لعدم توافر نية الالتزام بشكل قانوني بصفة ملموسة[5]، وحكمت محكمة النقض الفرنسية دائرة النقض ١٣ في ديسمبر ١٨٧٥ م[6]، ومحكمة دوي في ١٦ آب ١٨٥٦[7] بعدم صحة عقود لم تتحقق فيها نية

---

(١) انظر: (S. Williston) المرجع السابق ص (٢٢).

(٢) (Gino) المصدر السابق ص (٣٠).

(٣) وقد ضرب مثلاً بقاطع طريق حلف أن يطلق النار على فلان لكنه عندما شرع في التنفيذ يعمد أن لا تصيبه الرصاصة.

هذا الرأي مشار إليه في د. أنطون فهمي، رسالته السابقة ص (٢٥٩).

(٤) قرار محكمة (Orlèans) المشار إليه في (Gino) المرجع السابق ص (٣٥). وكذلك قرار محكمة نانسي بهذا الخصوص المشار إليه في:

Dalloz, Rec. Per., 1920, II, 65.

(٥) المشار إليه في (Gino) المصدر السابق ص (٣٥)، وكذلك أشار إلى قرارات كثيرة أخرى بهذا الصدد.

(٦) المشار إليه في:

Dalloz, Rec. Per., 1876, R. Cr. D 6 417.

(٧) المشار إليه في (Gino) المرجع السابق ص (٣٥).

الالتزام القانوني، كما حكمت محكمة روان في ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ في اتفاق من أجل رحلة بالدراجة البخارية بين اثنين من الأصدقاء مع آداءات متبادلة بينهما: بعدم تحقق العقد بالمعنى القانوني لعدم وجود نية التزام قانوني فيه(١).

وكذلك الأمر في محاكم مصر حيث قضت محكمة النقض في ١٩ يونيه ١٩٦٩ بأنَّ الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين...(٢)، وقضت كذلك في ١٤ مارس ١٩٧٩ بأنَّ العقد يصدق على اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني(٣).

ومما يجدر التنبيه عليه هو أنَّ ما ذكرناه لا يدل على أنَّ قصد الآثار هو المطلوب وحده في الرضاء دون قصد الوسيلة التي يتم بها فمثلاً إذا رضي الوالدان على زواج ابنتهما من شخص، فإنَّ ذلك لا يعني الرضا بالوصول إلى الزواج بأي طريقة كانت، فإذا ما قام الخاطب بخطفها لغرض الزواج أيضاً فإنَّ رضاء الوالدين لا ينسحب عليه، بل يعاقبه القانون إذا كانت قاصرة بموجب المادة (٣٥٤) أو المادة (٣٥٦) من قانون العقوبات الفرنسي(٤).

وإذا كانت نية الالتزام عل المستوى القانوني معتبرة في الرضاء في العقود فإنَّ كشفها وتمييزها عن نية الالتزام الاجتماعي أو الأخلاقي يكون عن طريق الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد مع مراعاة أنَّ الأصل هو كون الرضاء متجهاً نحو إحداث الأثر القانوني، فحينئذٍ يكون إثبات خلاف ذلك يحتاج إلى أدلة وبرهان(٥). وذلك مثل ما نرى القانون المدني الفرنسي في مادته (١١٥٧ م ف) ينص على أنَّ العبارة إذا كانت

---

(١) المشار إليه في مجلة القانون المدني التي تصدر بباريس كل ثلاثة شهور لسنة ١٩٣٣ ص (٨٧٥).
وكذلك حكمت محكمة كولمار بأن وعد مدير المصنع لأحد عماله بأنَّه سيزيد المرتب إنشاء الله عند تحسن الأحوال لا يعتبر وعداً ملزماً.

المشار إليه في دالوز ١٨٥٣/٢/١٦٤. وكذلك حكمت محكمة أورليان في ٢٣ إبريل سنة ١٨٢٢ بأنَّ الوعد الذي وقع بتبرع لملجأ الفقراء من شخص تعهد فيه بمنحهم مبلغاً من المال كل سنة لا يعتبر ملزماً. المشار إليه في داللوز الفهرست ص (٦٦) المشار إليه في محمد نصر الدين زغلول، المرجع السابق ص (٢٠٧).

(٢) مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠ رقم ١٥٩ ص (١٠١٧).

(٣) نقض مدني في ١٤ مارس ١٩٧٩ في الطعن المرقم ٦٦٩ سنة ٤٢ ق.

(٤) راجع: انطون فهمي، رسالته السابقة الإشارة إليـها ص (٢٦١).

(٥) (Gino) المصدر السابق ص (٢٣ ـ ٢٨).

تتحمل أكثر من معنى فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً، ومن هذا المنطلق اشترط الفقه كون النية ـ إذا كانت لإحداث أثر غير قانوني ـ واضحة بحيث يستطيع الطرف الثاني معرفتها قبل التعاقد، أو أثناءه، ولذلك فالقوانين غير المتطورة كالقانون الروماني تقبل العقود النموذجية التي وضعتها خاصة لترتيب الآثار القانونية، وترفض غيرها وبذلك أراحت القاضي عن البحث عن نية الالتزام أو عدمها[١]. أمّا التشريعات الحديثة ذات الصبغة اللاتينية فقد أصبحت معرفة نية الالتزام القانوني فيها أكثر أهمية وأكثر صعوبة نتيجة للانتقال التدريجي من العقود النموذجية إلى غير النموذجية بما يتضمنه من تعهدات غير صريحة بعوض أو بدونه ونتيجة لإمكان تحول العلاقات الاجتماعية، أو الأخلاقية البسيطة إلى العقد بمجرد أن يتوافر فيها نية الالتزام القانوني بشكل واضح كما إذا تحقق فيها الشرط الجزائي[٢]. فقد قضت محكمة (Colmar) في ٨ مايو ١٨٤٥ في تعهد بالإعارة للاستعمال (عقد غير فعلي عرفته المحاكم بأنّه عقد غير مسمى) بالبحث عن السبب المعقول، والأحداث الخاصة بنية الالتزام بشكل قانوني[٣]. وكذلك الأمر في محاكم إيطاليا فقد حكمت محكمة النقض الإيطالية في ١٤ يوليه ١٩٥٢ في قضية تتلخص وقائعها في أنَّ شخصاً كان يريد بيع بقرتين له في الأسواق العامة، وقد طلب من صديقه: أن يحرسهما له مدَّة غيابه فقبل ذلك. وأثناء حراسته لهما سرقهما اللصوص، احتجَّ الصديق بأنَّه لم يكن لديه نية الالتزام بصفة قانونية ولكنه قبل الحراسة بصفة الصداقة. فقبلت المحكمة هذه الحجة، لأنَّ الأمر يتعلَّق فعلاً بعملية نموذجية وقانونية، وهو عقد فعلي للإيداع مؤسس على أساس من الثقة»[٤].

هذا وقد ثار جدل عنيف حول الاكتفاء بنية الالتزام القانوني فقط أم لا بدَّ من القصد القانوني نحو جميع الآثار الأصلية والتبعية على العقد. فلا ينكر الفقه الحديث

---

(١) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٨ ـ ٣٠٠)؛ و د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات ص (٣٥٦).

(٢) انظر في الشرط الجزائي: عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في العقود، رسالة دكتوراة في حقوق القاهرة عام ١٩٨٣ م.

(٣) المشار إليه فيه:

Sirey, 1847, 11, 117.

(٤) Givrisprudenza Italiana, 1953, 111, 195.

المشار إليه في (Gino) المرجع السابق ص (٣٦).

الغموض الذي يكتنف هذه المسألة[1]. ولتوضيحها نقول: إنَّ الرضاء بإحداث أثر قانوني يترتب عليه آثار تعتبر أصلية ومباشرة كنقل الملكية في البيع وانتقال ملكية المنفعة في الإجارة ونحو ذلك، كما يترتب عليه آثار قانونية جزائية كالتنفيذ الجبري، أو التعويض في حالة عدم تنفيذ التعهد. فهل يعني الرضاء في العقود الرضا بكل هذه الأمور؟ أو بعبارة أخرى هل لا بدَّ من العاقد الراضي أن يقصد كل هذه الآثار، وإلاَّ لم يصبح التزامه صحيحاً؟ يقول (Gino): «إنَّ تحقق الرضاء لا يستدعي الرضاء بالشرط الجزائي، وإلاَّ فإنَّ العديد من التعهدات تصبح باطلة نتيجة لعدم توافر هذا القصد نحو الآثار الطبيعية فإنَّ الفقه الحديث لا يطالب الأطراف بمواجهة هذه الآثار، وبذلك يكتفي بنية الالتزام القانوني فقط وهي تقتضي الخضوع لإمكانية إجباره وما يترتب عليه من آثار طبيعية أو قانونية جزائية»[2].

والقانون والفقه في العراق لا يختلفان عمَّا في مصر في هذا الموضوع[3].

وفي القانون والفقه الإنجليزي[4] يراد بالرضا أيضاً القصد السليم الواعي نحو إنشاء أثر قانوني يقول ولستون: وربما يقال: إنَّه ليس هناك فرق عملي بين ما يجري ويعتمل في الذهن، وبين الكلمات المعبرة عمَّا يدور في الذهن، أو أن يكون الاعتماد على التعبير الظاهر فحسب، ولكن في بعض الحالات هذا التمييز مهم... حيث إنَّه يجب

(١) انظر تفصيل ذلك في: (Gino) ص (٣٠ وما بعدها).

(٢) (Gino) المصدر السابق ص (٣١ - ٣٢).

(٣) راجع في تفصيل ذلك: د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق (١/٥٣)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/١٠١-١٠٠)؛ و د. غني صون، الوجيز (١/٨٩)؛ والحكيم والبكري والبشير، الوجيز (١/٣١).

(٤) انظر في تفصيل ذلك:

G. H. Treitel: The Law Of Contrct, Fifth Editidn, London, 1979, P. 70.

و(Williston) المرجع السابق ص (٢٠)؛ و(Georg K. Gardner) المرجع السابق في مجلة هارفارد الأمريكية ص (٥)؛ و(Wilson): المصدر السابق ص (١٥)؛ و(Chitty) المصدر السابق (جـ ١ ص ٢) وما بعدها.

وراجع:

W. T. Major: Cases In Contract law London 1972, P. 1.

Johr D. Calamari Joseph M. Perllo: American, Case Book Serieu, March, 1978, U. S. A. P. 13...

استشفاف النية الفعلية»[1]. ثمَّ فسر النية الفعلية بالحالة الذهنية الدالة على رضاء الطرفين، وأنَّ النية في الرضا على هذا الوجه هو الذي يعول عليه[2]. غير أنَّ الفقه الحديث[3] لم ينكر صعوبة الاعتماد على إثبات النية وحدها وبرر موقفه بأنَّ القانون العام (Common Law) قد يعارض الاستناد على انصراف النية إلى الرضاء، بل يميل نحو الاعتماد على المقابل أكثر، فلا أحد ينكر تأريخياً اعتماد القانون الإنجليزي العام على صيغ العقد، فلا نجد فيه أي تأكيد على مسألة النية ـ أي العنصر المعنوي ـ أو الرضاء إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر ثم تأثر جانب من الفقه الإنجليزي بالنظريات السائدة في القارة الأوروبية[4] بفعل كتابات الفقيه سافيني (Savigny) التي صارت فيما بعد أساساً للتعامل في كل من انجلترا وأمريكا. فقد كان من أفكاره: أنَّ الرضا يجب أن يكون متضمناً النية في الدخول في علاقة قانونية، وقد اعتبر ذلك شرطاً مهما لنشأة العقود وقد تبنى هذه الأفكار سير فردريك بولوك (Sir Frederick Pollock) ودافع عنها بشدة[5]. غير أنَّ هذا الرأي لم يسلم من انتقادات شديدة من جهة المعارضين له الذين بنوا معارضتهم على أنَّ القانون العام لم يشترط نية إيجابية لنشأة الالتزام القانوني كعنصر من عناصر العقد، بالإضافة إلى أنَّ اشتراط النية مما يمكن أن يدفع بالتعاقد إلى قلقلة واضطراب[6]. وقد دعموا رأيهم بسوابق قضائية كثيرة منها قضية (Hotchkiss)[7]، فقد قال فيها القاضي (L. Hand): «إنَّ العقد ليس له دخل في نية الأفراد المتعاقدين، فالعقد التزام يقرر القانون بمقتضاه ما يخص كل طرف من

---

(١) (Williston) المرجع السابق ص (٢٠).

(٢) المصدر السابق ص (٢٠).

(٣) (Williston) المرجع السابق ص (٢٠ ـ ٢١)؛ و(G. H. Treitel) المصدر السابق ص (٧ وما بعدها)؛ و (Chitty) المصدر السابق (جـ ١ ص ٢٠) بند ٤٢.

(٤) (Williston) المصدر السابق ص (٢١).

(٥) انظر كتابه:

Pollock On Contracts (8 Thed.,) P. 3.

المشار إليه في ولستون: المصدر السابق ص ٢١.

(٦) (Williston) المصدر السابق ص (٢٢ و ٢٦).

(٧) قضية

Hotchkiss V Nat. City Bank 200 Fed 287, 293.

المشار أليه في ولستون المرجع السابق ص (٢٢). وراجع: Form Columbia مجلة القانون لسنة ١٩٤١ ص (٨١١) ومذكرته التي تذكر فيها قضايا أمريكا أيضاً.

حقوق وواجبات، ويكون ذلك عادة عن طريق الصياغة التي تقدم النية والقصد بشكل مفهوم»[1]. يقول ولستون: «إنَّ اعتبار النية في الرضا في العقود يعتبر شيئاً مجافياً للقانون العام ويجوز الاعتراض عليه من وجهة نظر الفقه الانجلو أمريكي فأطراف التعامل عادة لا تنصرف أذهانهم إلى الالتزامات القانونية، بل إنَّما تنصرف نيتهم إلى الدخول في تبادل تجاري، أو مالي، أو التصرف على سبيل الهبة. . .»[2].

وقد حاول المؤيدون لاشتراط النية والمتأثرون بالفكر الفرنسي أن يجدوا لهم أصلاً فقالوا: إنَّ القانون العام قد يحترم النية في بعض الأحوال وذلك مثل قضية (Higgins)، حيث تتلخص وقائعها في أنَّ شخصاً سرق منه سرج أحد خيوله كانت تقدر قيمته بحوالي خمسة عشر دولاراً ثمَّ صاح علناً بأنَّه سيدفع مكافأة مائة دولار لمن يدله على السارق، وأنَّه سيدفع أتعاب المحامي. . . فدله شخص عليه. لكن صاحب السرج أبى تنفيذ تعهده، وبعرض القضية على المحكمة حكمت على أقوال المدعي عليه بأنَّها ليست بمثابة عرض، حيث إنَّها صادرة عن شخص مضطرب وبذلك ينفي عنها الجانب الإلزامي.

لكنَّ المعارضين ـ وهم الأكثرية ـ قد ردوا على ذلك بأنَّ هذا الحكم لا يعود إلى النية بل إلى عدم جدية الرضاء والعرض، وقالوا: ونحن لا ننكر الفرق بين جدية التعاقد وبين عدم جديته ولا سيما في نطاق المجاملات الاجتماعية[4]. كما أنَّه لا بدَّ من التمييز بين النية الفعلية ـ أي التي دلَّ عليها شيء محسوس ـ وبين نية كامنة فالأولى يحترمها القانون دون الثانية، فالقانون يحترم التعهد المتبادل الذي تعاهد فيه أطراف الاتفاق على أنَّه ليس بينهم التزام كما في قضية (Higgins...)[5]. وهذا في الواقع يعود إلى الشرط المصحوب للاتفاق، وكذلك يعتد القانون العام بالاتفاق الذي يتم داخل الأسرة ويعتبره عقداً ملزماً ما دام في صورة عقد، ففي قضية (Baltour...) سنة

---

(١) انظر (Williston) المرجع السابق ص (٢٢).

(٢) (Williston) المصدر السابق ص (٢٢ ـ ٢٣).

(٣) قضية:

Higgins V. Lessig, 49 111. App. 459.

المشار إليها في (Williston) المصدر السابق ص (٢٣) بند ٢١.

(٤) (Williston) المصدر السابق ص (٢٤).

(٥) قضية:

Central Bitulithic Paving Co. V Highland Bark, 164 Mich 223, 129 N. W. 46.

المشار إليها في (Williston) المصدر السابق ص (٢٣).

١٩١٩[١] رأى القضاة: «أنَّ الاتفاق بين الزوجين على أن يلتزم الزوج بمد الزوجة بالطعام فترة معينة بطريقة محددة أو التزام الزوجة بقبول هذه الصفقة إجمالياً يعتبر عقداً يصدق عليه قانوناً».

وقد أصبحت السابقة القضائية القاضية بأنَّ القانون لا يحاكم الأفكار بل الأفعال مثلاً معروفاً لدى كل الأفراد[٢]. وقد قال القاضي برمويل (Bramwell) في قضية (Browne)[٣]: «أنَّ النية لا تهم حتى تظهر في شكل تصرف مادي، فلو كان في نية شخص أن يشتري ثمَّ قال عوضاً عن ذلك ما يدل على البيع فقد انعقد له البيع لأنَّ الدعوى ترفع على أساس العرض وليس على أساس النية، فهي طالما لم تبتد للطرف الآخر فليس فيها حجة».

والخلاصة أنَّ القانون الإنجليزي والرأي السائد في الفقه الإنجليزي لا يبحثان عن النية، وإنَّما يعتمدان على التعبير فهذا هو الأصل لكن ذلك لا يمنع من أنَّه إذا تبين الرضاء وبالتالي لا يتكون منه ومن القبول لهذا العرض العقد[٤]. ففي قضية (Carlill V.)[٥] كانت الشركة قد أعلنت بأنَّها تعد بأن تدفع مائة جنيه استرليني لأي شخص يستخدم مُنْتَج الشركة ـ الخاص بمقاومة الأنفلونزا ـ ويصاب بعد ذلك بالأنفلونزا، فقضت المحكمة بأنَّ هذا الإعلان عبارة عن عرض موجب، لأنَّ نية الارتباط واضحة بدليل أنَّ الشركة المعلنة قد أودعت مبلغ ألف جنيه استرليني في البنك للتدليل على صدق نيتها[٦]. ومع ذلك فلا ينكر الفقه الأنجلو أمريكي الحديث[٧] صعوبة تحديد النية

---

(١) Balteur V. Baltour, King's Bench, 1919 2 K. B 571.

(٢) (Williston) المصدر السابق ص (٢٦).

(٣) قضية:

Browne V. Hare, 3 Hurlston And Norman 484, 4,5

المشار إليها في (Williston) المصدر السابق ص (٢٦).

(٤) (G. H. Treitel) المصدر السابق ط. ١٩٧٩ ص (٧).

(٥) قضية:

Carlill V. Carbolic Smoke Ball Co. (1893) 1 Q. B. 256.

(٦) وراجع: (G. H. Treitel) المرجع السابق ص (١٠)؛ و(Wilson) المصدر السابق ص (١٦)؛ و(W. T. Major) المرجع السابق ص (١٣).

(٧) (George Gardner) المصدر السابق ص (٦)؛ المصدر السابق (جـ ١ ص ٢٠) بند ٤٢.

واتجاهها حتى لو عبَّر عنها، وذلك لأنَّ الكلمات كثيراً ما تؤدي إلى معاني تختلف عمَّا في ذهن المتكلم عنها في ذهن السامع، بالإضافة إلى معرفة مدى دلالتها على جدية الرضاء وقد كان هذا محور دراسة المعهد الأمريكي للقانون سنة ١٩٢٥ استغرقت فترة غير وجيزة[١]. ولإيضاح هذا المعنى نفرض أن (أ) وعـد (ب) أنَّه سوف يورد له ١٢٥ بالة من القطن. فلا شك أن (ب) يفهم أنَّ (أ) لديه بالفعل هذه الكمية أو أنها البالات التي على ظهر سفينة قادمة من بومباي في حين أن قصد (أ) كان متجهاً نحو بالات القطن التي هي على ظهر سفينة أخرى قد أبحرت من بومباي في شهر أكتوبر[٢]، ولذلك فالقضاء يعتمد على الوعد الظاهر مع ملاحظة الظروف والملابسات التي تحيط به بحيث يصل إلى أنَّ هدف العاقدين هو الدخول في علاقات قانونية، فمثلاً قبول دعوة إلى العشاء لا يعتبر عقداً[٣]. ومن هنا يستشف القضاء نية الارتباط من كل.قضية بعينها[٤] ويصل إلى الرضاء النهائي. فمثلاً إنَّ العرض لأجل المفاوضة ليس في نية الالتزام، وكذلك العرض بالمزاد ففي قضية (Harris V. Nickerson)[٥] قرر القاضي بأنَّ: «الإعلان في المزاد العلني كان بمثابة إعلان نوايا، ودعوى المدعي محاولة من جانبه ليجعل من هذا الإعلان عن النوايا عقداً ملزماً».

وقد تستطيع المحكمة في بعض القضايا أن تستشف انصراف نية الأطراف نحو إقامة علاقة قانونية بشكل واضح فيما إذا كان العقد واضحاً وقد تستطيع إثبات عكسها بسهولة في قضايا يظهر فيها بوضوح أنَّ القصد كان متجهاً إلى غير علاقات قانونية، مثل قضية... (Weeks)[٦] حيث كان الأب قد وعد أن يهب من يتزوج ابنته مائة جنيه فقام

---

(١) انظر (G. H. Georgg K. Gardner) المصدر السابق ص (٥٦).

(٢) هذا المثال كان قضية:

Raffles V. Wichelraus, 2 H. C. 906 (1864).

المشار إليها في (Georgg) المصدر السابق ص (٦) وقد ذكر عدة قضايا في القضاء الأمريكي ص (٦ - ٧).

(٣) المصدر السابق نفسه، وراجع: (Chitty) المصدر السابق (جـ ١ ص ٢).

(٤) (Wilson) المصدر السابق ص (١٦).

(٥) قضية: سنة ١٨٧٣ برقم L. R. 8 Q. B. 286 المشار إليها في (Wilson) المصدر السابق ص (١٧).

(٦) قضية:

Weeks V. Tgbald (1605) Nog 11.

المشار إليه في (Chitty) المصدر السابق (جـ ١ ص ٤٢) بند ٤٣.

المدعي بالزواج من ابنته برفع دعوى يقاضي الأب بمطالبته إنجاز وعده، فقضت المحكمة أنَّ ذلك لم يكن عرضاً، لأنَّ العبارة التي ورد بها الوعد كانت لمجرد إثارة اهتمام السامع[1]. يقول (Chitty): «ويبدو من الواضح أنَّ مجرد الارتباطات الاجتماعية، والمجالات التي من هذا القبيل لا تصلح أساساً بالضرورة لنشأة عقد سليم»[2]. وقد أوضح هذا المعنى القاضي لورد (Atkin) بعدَّة أمثلة منها: أن يتفق شخصان على أن يسيرا معاً، ومنها أن يدعو أحدهما الآخر في ضيافته[3]، وكذلك تظهر بشكل واضح النية فيما إذا أنكر الأطراف صراحة نيتهم نحو نشأة علاقة قانونية كما في عدَّة قضايا قد احترمت المحكمة اتفاق أطراف على عدم إنشاء علاقة قانونية[4].

وإنَّما الصعوبة تظهر في الحالة الثالثة التي لا يتضح فيها قصد هذا ولا ذاك لذلك تلجأ المحاكم إلى اختبار قضائي لتتعرف على حقيقة توافر القصد وبطريقة موضوعية، وهذا الاختبار يعتمد على قياس المحكمة لتقدير الشخص العادي، وما إذا كان يعتبر الواقع الماثل في ظروف معينة بمثابة عرض، وما إذا كان ذلك يرقى إلى القصد في إنشاء علاقة قانونية، وعند ذلك لا تقبل المحكمة ـ إذا كانت نتيجة الاختبار إيجابية ـ الدفع بأنَّه لم يتحقق القصد بطريقة جدية كما في قضية (.Carlill)[5]. وكذلك تنشأ الصعوبات غالباً حول مفهوم المجاملات الاجتماعية أو الترتيبات التي تتعلق بالأحوال الشخصية ولا سيما تلك التي تتم بين الزوج وزوجته، فهناك ظروف قد

---

(١) حيثيات القضية السابقة.

(٢) (Chitty) المصدر السابق ص (٢١).

(٣) انظر: (Chitty) المصدر السابق ص (٢١) بند ٤٤.

(٤) منها قضية:

Rose And Franck Co V. Crompton Brothers Ltd 1925 A. C. 445.

وراجع قضايا أخرى في (Chitty) المصدر السابق ص (٢٢) وقضايا كثيرة بهذا الخصوص في (W. T. Majr) المرجع السابق الخاص بعرض قضايا في قانون العقد ص (١ وما بعدها). و John (D. Calamari Joseph المصدر السابق ص (١٣ وما بعدها) حيث عرضا عشرات القضايا في المحاكم الإنجليزية والأمريكية.

(٥) قضية:

Calill V. Carbolic Smoke Ball Co (1893) 1 Q. B. 256.

وراجع: (Chitty) المرجع السابق ص (٢٠) بند ٤٢.

تنفي وجود علاقة قانونية، وهناك ظروف غيرها تشير إلى احتمال أن تكون الوعود ملزمة مثل النية في الانفصال بين الزوجين، وأمامنا عدَّة قضايا اجتماعية تتعلق بالأحوال الشخصية وبوعود من الزوج أو الزوجة ولم تتحقق فيها نية الالتزام، منها قضية أسرة (Balfour)[١]، وقضية أسرة (Hoddirott)[٢]، وقضية أسرة (Vaushan)[٣].

ولنذكر هنا لمزيد من التوضيح تفاصيل القضية الأولى وهي أنَّ الزوج كان يتقلد منصباً حكومياً ومقر عمله في سيلان فعاد في إجازة إلى بلده انجلترا مع زوجته، وعند العودة لأسباب صحية اعتذرت الزوجة عن مصاحبة زوجها، ووعدها أن يرسل لها نفقة للإعانة قدرها ثلاثون جنيهاً استرلينياً، ثمَّ لم يستطع الزوج أن يفي بوعده هذا فقاضته زوجته فحكمت محكمة الاستئناف أنَّ هذا الوعد لا يرقى إلى درجة وجود علاقة قانونية، وقال القاضي اللورد (Atkin) في حيثيات هذا الحكم: «إنَّه من الشائع تماماً أن يتفق الزوجان فيما بينهما على ترتيبات معينة قد تتعلق بزيادة مصروف البيت فيوافق الزوج على أن يرفع المبلغ الذي يدفعه لزوجته لهذا الغرض سواء في صورة دفعات أسبوعية، أو شهرية، أو سنوية لتغطية نفقات الإعاشة والنفقات الأخرى الضرورية التي يستلزمها منزل الزوجية ومصروفات الأولاد، والزيادة مقصود بها الوفاء بهذه المطالب وتكرس صراحة أو ضمناً لهذا الغرض، وفي رأيي - أي رأي القاضي - أنَّ هذه الترتيبات، أو معظمها لا يترتب عليها عقد على الإطلاق على الرغم من أنَّ الاتفاق فيها له مقابل مادي فضلاً عن كونه بين طرفين؛ إلَّا أنَّ ذلك لا يشكل عقداً، لأنَّ طرفي العقد لم يدر بخلدهما أن تكون لمثل هذه الترتيبات آثار قانونية»[٤].

وفي قضية أخرى في سنة ١٩٦٠ حكمت المحكمة بعكس ما سبق وهي قضية (Parker)[٥] التي تتلخَّص وقائعها في أنَّه اتَّفق زوجان طاعنان في السن على بيع منزلهما إلى زوجين شابين ووافق الزوجان الشابان على استضافة البائعين ومقاسمتهما نفقات الإعاشة، وتم بالفعل تنفيذ عقد البيع وشرعا في الإقامة معها إلَّا أنَّ الزوجين الشابين سئما هذه الحالة ونقضا الاتفاق فقضى القاضي اللورد (Atkin) أنَّ هذه القضية

---

(١) قضية سنة ١٩١٩ رقم .2 K. B 571, 578

(٢) قضية سنة ١٩٤٩ رقم 2 K. B. 406.

(٣) قضية سنة ١٩٥٣ رقم 1 Q. B. 762.

(٤) من حيثيات قضية (Balfour) سنة ١٩١٩ السابقة الإشارة إليها.

(٥) قضية:

Parker V. Clark (1960) 1 W. L. R. 286.

تختلف عن قضية (Balfour) حيث إنَّ النية هنا منصرفة نحو إقامة علاقة قانونية من بينها بيع المدعين لمنزلهما، ثمَّ استطرد قائلاً: «ولا ريب أنَّ اقتراح إقامة الأقارب وعد، ولا يزيد هذا الوعد عن الترتيبات العائلية على النمط المنوه عنه في قضية (Balfour) أي وعد لا ترقي إلى درجة العلاقة القانونية، وليست عقداً، ولكن هنا في هذه القضية فإنَّ الأمور تتعلق ببيع عقار، وتركه بإرادة البائعين، ومما لا شك فيه أنَّ مثل هذا عقد ملزم»(١). وكذلك الأمور في قضية (Simpkins)(٢) التي تتلخَّص وقائعها في أنَّ (أ) كان يقيم في مسكن مفروش شامل الغذاء طرف الشخص (ب) الذي يعيش مع حفيدته (ج)، وكان الأفراد الثلاثة يتشاركون في مسابقات الذكاء بالجرائد اليومية على أساس أن يقتسموا جوائزها. . . وعند النزاع حول اقتسام قيمة الجائزة التي أرسلت إلى (ب) قضى القاضي (Sellers) بأنَّ المشتركين الثلاثة يتقاسمون قيمة الجائزة، لأنَّهم كونوا رابطة فيما بينهم، ومن حقائق القضية يستشف أنَّ هناك عقداً بينهم، وأنَّ نيتهم انصرفت نحو علاقة قانونية ملزمة.

الخلاصة مع الموازنة:

فرضت طبيعة البحث علينا أن نتطرق ـ بجانب البحث عن حقيقة الرضا ـ إلى الألفاظ ذات العلاقة به بغية الوصول إلى نظرية متكاملة، ويجدر بنا هنا أن نقرر أنَّ هذه المراحل النفسية التي ذكرها الفقهاء استطراداً كالهاجس، والخاطر، وحديث النفس، والرغبة والهم، والحب لا يمكن أن تؤخذ بنظر الاعتبار على نطاق الفقه والقضاء ولا أن تحدد لكل واحد مرحلة فيعطي لها حكم خاص وأثر يترتب عليها فليس بمقدور الفقه أن يُجَزِّء الآثار الشرعية على ضوء هذه المراحل النفسية وذلك لأنَّ الكيفيات النفسية عمل باطني معقد يصعب معه القول بأنَّها تمر على مراحل محددة يتميز بعضها عن البعض تمييزاً فيه من الوضوح ما يكفي لترتيب أثر خاص عليها، إذن فليس بمستساغ اعتبار هذه الأمور النفسية العميقة في العقود والمعاملات التي تعتمد على الظاهر المحسوس عليها ومن ثمَّة استقرارها وثباتها، بل إنَّ النظريات الحديثة الفلسفية لم ترتض بالتمييز

---

(١) ويراجع (Chitty) المصدر السابق ص (٢١ ـ ٢٢) بند ٤٥.

(٢) قضية:

Simpkins V. Pays, (1955) 1 W. L. R. 975.,

وقد ورد التعليق عليها في مجلة C. Q. R. للقانون عدد ٤٥٧/٨ سنة ١٩٥٥، وكذلك تعليق آخر في مجلة M. C. R. للقانون عدد ٩٦/١٩ سنة ١٩٥٦، وراجع: (Chitty) المصدر السابق ص (٢٢) بند ٤٥.

بين هذه المراحل النفسية[1]، فضلاً عن أن يقبله الفقه الذي يبحث عن المحسوس. لذلك نستبعد في بحثنا هذه المراحل النفسية التي ذكرها علم النفس التقليدي[2]، ولا نخوض في غمار العمق الفلسفي حول التفرقة الدقيقة بين الرضا والاختيار والإرادة والنية ونحوها. وإنَّما كل همنا هو الجانب الفقهي البحت أي مدى ترتب الآثار على الرضاء والاختيار والإرادة، والنية في العقود، فالتحقيق ـ كما يقول ابن الصلاح الشهرزوري ـ هو أنَّ هذه الألفاظ متقاربة بعضها من بعض[3]. وقد سبق النقاش الحامي الدائر بين الحنفية والجمهور بخصوص التفرقة بين الرضا والاختيار ورأينا أنَّ أدلة الحنفية لم تنهض حجة على ما قالوا، كما رأينا أنَّ هذه التفرقة نابعة من أصول مذهبهم وفلسفته في الاعتناء بالعبارة، وعدم الاعتناء بالأمور الكامنة في النفس كقاعدة عامة. وهذا لا يعني أنَّهم لم يعتنوا بالجانب النفسي في بعض الأحوال. وقد وصل البحث إلى أنَّ الرضا عند الحنفية هو قصد العبارة والأثر، وهو شرط لصحة العقود المالية، والاختيار هو قصد العبارة فقط وهو شرط لانعقاد العقود المالية وأمَّا العقود غير المالية فلا يشترط فيها إلاَّ صدور العبارة ممن يتمتع بالأهلية، إذن فمحل النزاع في التفرقة بين الرضا والاختيار في العقود المالية فحسب. وأمَّا الجمهور فلم يفرقوا بينهما. كما أنَّ مبنى صحة العقود على الرضا والاختيار ـ أي القصد ـ لكنهم في مدى الاعتداد به والتوغل فيه على مراحل كما استشف البحث من أقوال الجمهور أنَّ نظرتهم إلى المعاملات ليست مصبوغة بصبغة مادية بحتة بل هي نظرة قائمة على نية الشخص إلى حد ما، وعلى الصبغة الدينية وربطها بالباطن.

وأما نطاق هذا البحث في القانون فقد رأينا أنَّ الفقه الفرنسي قد اعتد اعتداداً كبيراً بالجانب النفسي ـ أي الرضا الباطن ـ وأنَّه قد اشترط صراحة في تحقيق الرضاء أن تتجه النية نحو إحداث الأثر القانوني وإلاَّ لم يتحقق، وقد ذكر البحث جدلاً نظرياً حول ماهية الرضا هل هي مزدوجة أم لا؟ وكذلك هل هي تعني الرضا بالآثار الطبيعية،

---

(١) روستان (Roustan)، دروس في الفلسفة، ط. ٦ سنة ١٩١٩ ص (٥٠٩).

(٢) حيث ذكر مراحل النفس التي تبدأ بالإدراك فالتدبر والرغبة والغريزة، فالإرادة... وقد أسند الأستاذ السنهوري هذه المراحل إلى الفيلسوف (Lahr) في كتابه: الفلسفة، ط. ٢٤ سنة ١٩٢٣ (٢١٦/١). غير أننا رأينا أنها قريبة جداً عما قاله الغزالي قبله بعدة قرون كما سبق.

انظر: د. السنهوري، نظرية العقد (ص ١٤٩).

(٣) المجموع (٣١٧/١). وراجع: رد المحتار على الدر المختار (١٠٥/١)؛ والتمهيد للأسنوي ص (٧٠)؛ والمصادر السابقة في المبحث الأول.

والجزائية؟ وقد كان الجواب - في نظري - بالسلب من حيث طبيعة ماهيته، غير أنَّ الفقه اشترط أن يكون في مقابلة رضاء آخر حتى يتم الالتزام، كما اشترط فيها اتجاه النية نحو إحداث الأثر ليتحقق العقد. كما أنَّ الفقه الحديث لم ينكر الصعوبة في هذا الموضوع.

وأمَّا القانون الإنجليزي (Common Law) فقد كان الاتجاه العام فيه هو عدم الاعتماد على النيات والقصود في حين ظهر اتجاه في منتصف القرن التاسع عشر يذهب إلى رعايتها متأثراً بالفقه الفرنسي غير أنَّه لم يسلم من انتقادات شديدة، وأمَّا نية إحداث الأثر القانوني في تحقق الرضا فالقضايا الحديثة تؤكد عليها وترتب الآثار عليها، كما أنَّ الفقه الانجلو أمريكي الحديث قد تبناها.

* * *

الفصل الثاني

أركان الرضا في الفقه الإسلامي والقانون

*** تمهيد:**

لا يخفى أنَّ ركن الشيء هو الجزء الذي تتحقق به الماهية، والعنصر الأساسي الذي يدخل في كيانها، واللبنة أو اللبنات التي يبنى عليها بحيث لو تحققت واكتملت اكتمل الشيء، وإذا انعدمت انعدم معه فالعلماء جعلوا أجزاء الماهية أركاناً، وما هو يتعلق بها لكنه ليس جزءاً منها بل ملاصق بها بحيث تنعدم بعدمه ولا توجد بوجوده سموه بالشرط(١). وما دمنا نحن بصدد تأصيل نظرية الرضا فلا بدَّ أن نتطرق إلى ما هو جزء من ماهية الرضا، وما هو لازم لها لكنه خارج عنها، فالرضا لا يتحقق وجوده إلَّا إذا كان صادراً عمن يعي ويميز، غير أنَّ صحته تتوقف على كونه سليماً من العيوب(٢)، فما كان يتعلق بوجوده فهو ركنه، وما يتعلق بصحته وسلامته فهو الشرط. ولذلك نتكلَّم في هذا الفصل عن أركان الرضا، وفي الفصل الذي يليه عن شروطه.

ويتوزع هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول
أركان الرضا في الفقه الإسلامي

إذا كانت الآراء لم تجتمع حول مفهوم محدد للرضا كمصطلح فقهي، بل اختلفت حوله فإنَّه بلا شك ستكون النظرة إلى أركانه تابعة لهذا الخلاف، ومنبثقة منه،

---

(١) انظر: التلويح على التوضيح (٢/٢٦٢ ـ ٢٩٢)؛ وحاشية عبد العزيز البخاري على التحقيق، مخطوطة في مكتبتنا الخاصة ورقة (١٠٠).

(٢) د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (٢/٩٧).

لذلك يفهم من تعريف الحنفية للرضا أن له ركنين: أحدهما: نفسي معنوي والآخر مادي، فالعنصر النفسي هو الإيثار والاستحسان الذي ينبعث من القلب ولا يمكن للإنسان الاطلاع عليه. وأمَّا العنصر المادي ـ أو الظاهري المحسوس ـ فهو ظهور آثار السرور على وجهه بحيث يُتحسَّس منه رضاؤه وفرحه بالتعاقد وأمَّا على ضوء تعريف الجمهور فإنَّ ماهيته تتحقق من قصد متجه نحو إنشاء العقد، وهذا ما لا يتحقق إلَّا ممن كان يتمتع بالأهلية.

ومما هو جدير بالتنبيه عليه هو أنَّ «الرضا» عند الجمهور هو «الاختيار» عند الحنفية، وقد سبق أن رجحنا كونهما بمعنى واحد ولذلك نبحث عن ركن الرضا بهذا المعنى الذي يتفق معه الاختيار وهو القصد نحو إنشاء آثار شرعية.

وفي نظرنا أنَّ أركان الرضا ـ أو الاختيار أو الإرادة ـ تنحصر في ركنين هما: القصد، وأهلية الأداء، ويمكن أن نقول بدل «أهلية الأداء»: التمييز، لأنَّ مبناها عليه[1]. يقول أبو زيد الدبوسي: «ولا رضاء إلَّا بعد قصد صحيح»[2]. والقصد الصحيح لا يمكن أن يتحقق إلَّا ممن يتمتع بأهلية الأداء فهما عنصران أساسيان في تحقق وجود الرضا، قال الكاساني: «إنَّ وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه، ووجوده شرعاً بصدوره من أهله»[3]. وأمَّا التعبير عنه فليس بركن له ولا شرط له، وإنَّما هو شرط لظهوره في الخارج.

فعلى ضوء هذا سنتناول في هذا المبحث: التعريف بالقصد، وبالأهلية، ثمَّ نذكر الجانب التطبيقي لعلاقة الأهلية بالرضا من خلال استعراض لنمو الرضا وتكامله مع الأطوار التي يمر بها الإنسان، أي المراحل السننية ـ الطبيعية ـ التي يمر بها الرضا على ضوء أدوار الأهلية، ثمَّ نتطرق إلى مدى اختصاص الإنسان بالأهلية فعلى هذا يتوزع هذا المبحث على أربعة مطالب:

---

(١) لا خلاف في أنَّ معيار أهلية الأداء هو التمييز ـ كما سنتكلم فيه قريباً ـ ، وقد اتَّفق العلماء على أنَّ التمييز من شرائط التكليف. انظر تيسير التحرير لأمير بادشاه (٢/٢٤٥)؛ وتشنيف المسامع للزركشي (١/٢٧٤).

(٢) تقويم الأدلة، مخطوطة الدار ص (٩٠٩). وراجع الوسيط، بتحقيقنا (٢/٥٦٩)؛ والمصادر السابقة في مبحث التعريف بالرضا.

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٥).

المطلب الأول
التعريف بالقصد

القصد في اللغة جاء لعدَّة معانٍ منها العزم، والاعتماد، والوسط قال ابن جني: «أصل (قصد) في كلام العرب: الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو لا. هذا أصله في الحقيقة وإن كان يخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل، ألا ترى أنَّك تقصد الجَوْرَ تارةً، كما تقصد العدل تارة أخرى، فالاعتزام والتوجه شامل لهما جميعاً»(١). هذا معناه اللغوي الدال على العزم والتوجه نحو أي شيء غير أنَّه يقيد في الاصطلاح الفقهي وفي نطاق بحثنا بأن يكون في نطاق الالتزامات والعقود، فعلى هذا فالتعريف المختار له هو: العزم المتوجه نحو إنشاء التزام. والمراد بالعزم: هو عقد القلب على شيء وإرادته(٢)، فالعزم هو الإرادة المؤكدة(٣)، وذلك بأن يكون قد عقد القلب عليه وتوجهت إرادته المؤكدة نحو إحداث تصور تترتب عليه آثار شرعية، فعلى هذا فمن لم يكن له عزم لم يتحقق له قصد، كالمجنون ونحوه.

ثمَّ إنَّ ركن الرضا ليس القصد المطلق بل هو قصد التعبير وأثره قال ابن قيم الجوزية: «فإن لم يقصد التكلم بها ـ أي العبارة ـ كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء وإن كان في بعض ذلك نزاع وتفصيل فالصواب أن أقوال هؤلاء كلها هدر كما دلَّ عليه الكتاب والسنة والميزان وأقوال الصحابة»(٤). فكما أنَّه يشترط في تحقيق الرضا قصد العبارة فلا بدَّ أيضاً من قصد آثارها، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق إلَّا بعد الإحاطة بصفات المقصود(٥). فعلى هذا لا بدَّ وأن يكون العاقد على علم بالآثار التي تترتب على العقد الذي أقدم عليه وإن كان علماً إجمالياً لم تتوفر فيه الإحاطة بتفصيلاته يقول الإمام الغزالي: «فالمقصود أن يتمثل

---

(١) انظر: لسان العرب ص (٣٦٤٢)؛ والقاموس المحيط (١/٣٣٩)؛ والمصباح المنير (٢/١٦٣) مادة قصد.

(٢) انظر: القاموس المحيط (٤/١٥١)؛ والمصباح المنير (٢/٥٧).

(٣) انظر: التمهيد للأسنوي ص (٧٠)؛ والمنثور في القواعد (٢/٣٦). قال الزركشي: «العزم قوَّة القصد والجزم به وعقد القلب».

(٤) أعلام الموقعين (٣/١٢١).

(٥) يقول حجة الإسلام الغزالي في الوسيط، بتحقيقنا (٢/٥٩٦): «والتحقيق فيه أنَّ النية قصد، ولكن شرطه الإحاطة بصفات المقصود».

له إحضار هذه المعلومات ويقترن القصد به»[1]. لأنَّه إذا لم يكن عالماً بالآثار المترتبة على العقد فلا يمكنه اتجاه نيته نحوها، يقول ابن قيم: «فإن لم يكن ـ أي العاقد ـ عالماً بمعناها ـ أي معنى العبارة ـ ولا متصوراً له لم تترتب عليه أحكامها أيضاً، ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك[2]، وإن كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها فإما أن يكون قاصداً لها أو لا، فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها في حقه ولزمته، وإن لم يكن قاصداً لها فإما أن يقصد خلافها أو لا يقصد لا معناها ولا غير معناها فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل ـ وسيأتي حكمه ـ وإن قصد غير معناها فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا، فإن قصد ما يجوز له قصده كأن يقصد بقوله: «أنت طالق» من زوج كان قبلي ونحو ذلك لم تلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى «وأمَّا في الحكم فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً، لأنَّ السياق والقرينة بينة تدل على صدقه وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً وادَّعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه. . .»[3]. ثمَّ الأصل في ذلك عدم وجود مانع يمنع من قصد الآثار، وبعبارة أخرى أن لا تتجه نيته إلى نفي الآثار أما تحقق ذلك بالفعل فهو أمر كامن بينه وبين الله تعالى لا يبحث عنه القضاء الإسلامي إلَّا إذا كان هناك بينة أو قرينة تظهر ذلك، فمن تلفظ بالإيجاب أو القبول يفسر على هذه النية ـ أي نية إحداث الآثار الشرعية ـ إلَّا أن يثبت خلاف ذلك.

فعلى هذا يخرج عن نطاق القصد المعتبر في العقود ـ باعتباره ركناً من أركان الرضا ـ القصد الهازل ـ أي التعبير الذي أخذ طابع المزح والهذار أو السخرية، أو التمثيل، لأنَّه لا يتحقق حينئذٍ القصد بالمعنى الذي قصدناه لأنه لم يتجه نحو ترتيب الأثر إطلاقاً وإن كان قد قصد التعبير، قال الحصكفي: «ولم ينعقد ـ أي البيع ـ مع الهزل لعدم الرضا بحكمه معه»[4]. وهنا يثور سؤال: كيف يمكن اعتبار الهازل فاقداً القصد مع أنَّه يقع طلاقه ونحوه؟ فالجواب ـ كما سبق ـ أنَّ هذه العقود من الأمور المقدسة التي لا يجوز فيها الهزل، فيوقع عليه الطلاق عقاباً عليه، أو بناء على الإرادة

(١) الوسيط (٥٩٦/٢).
(٢) سبق أن ذكرنا أنَّ الحنفية يصححون عبارة من لم يفهمها في النكاح والطلاق. راجع: حاشية ابن عابدين (١٥/٣).
(٣) أعلام الموقعين (١٢١/٢).
(٤) الدر المختار (٥٠٧/٤).

الظاهرة ولا سيما أنَّ القصد أمر معنوي يحتاج في إثباته إلى بينة أو نحو ذلك[1].

---

(١) يراجع ص (٢٠٩، ٢١٠، ٢١١) من هذه الرسالة. والهزل لغة: نقيض الجد، واللعب. لسان العرب ص (٤٦٦٣)؛ والقاموس (٤/ ٧٠).

وفي اصطلاح الأصوليين والفقهاء: هو أن لا يراد باللفظ حقيقته ولا مجازه ولا أن يترتب عليه أثره الموضوع له شرعاً، وإنَّما يقصد به اللعب والهذار أو السخرية أو نحو ذلك، فالهازل يتكلم بصيغة العقد مثلاً باختياره ورضاه، لكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه.

هذا وقد اختلف الفقهاء في مدى أثر الهزل في التصرفات وفي كيفية إثبات الهزل: فهل يكتفي بالقرائن أم لا بدَّ من التلفظ بأنَّه هازل؟ ثم إن التصرفات القولية الإنشائية إما أن تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والشركة ونحوها، أو لا تحتمل كالطلاق والنكاح والنذر ونحوها فالهزل فيما يحتمل الفسخ إما أن يتواضع العاقدان قبل التعاقد على التكلم به غير مريدين حكمه بالكامل، أو يتواضعا على قدر العوض أو الثمن، أو المبيع مثلاً، أي الاتفاق في أن يكون الهزل في ذاك الشيء.

ففي الحالة الأولى ـ أي التواضع على أن يكون الهزل في أصل العقد ـ ننظر إلى أنَّهما إن قالا بعد العقد: قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل وبعنا بطريق الجد لزم البيع وبطل الهزل أو اتفقا على بقاء الهزل فيه فسد العقد حتى لا يملك المبيع بالقبض لعدم الرضا بالحكم، ولكن لهما إجازته خلال ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، ومطلقاً عند صاحبيه، وإن اختلفا في الإعراض والبناء فقال أحدهما: بنيت العقد على المواضعة ـ أي الهزل ـ والآخر قال: على الجد صح العقد عند أبي حنيفة بناء على أنَّ الأصل في العقد الجد والصحة واللزوم، وقال صاحباه بفساده: أي ترجيح قول من يقول: إنَّه هازل، لوجود الاتفاق الأول على أن يبني العقد على الهزل.

وفي الحالة الثانية ـ أي التواضع على أن يكون الهزل في قدر العوض مثلاً ـ بأن تواضعا على البيع بالغبن، والثمن بألف لم يصح العقد عند الصاحبين، وانعقد عند الإمام بناء على أنَّ أصل العقد ليس فيه الهزل وإنَّ الأصل في العقود هو الصحة واللزوم لكنه بيع فاسد بناء على أنَّه يتضمن شرطاً فاسداً أي فهو كيَّفه على أنَّه بيع وشرط وأنَّه في معنى قوله: «بعتك بألفين على أن لا يجب أحد الألفين» وهذا شرط فاسد.

وأما إذا تواضعا في جنس الثمن بأن يتفقا على إظهار العقد بمائة دينار مثلاً ويكون الثمن في الواقع ألف درهم فالعقد صحيح اتفاقاً. ومن هذا العرض يتبين أنَّ الحنفية عمموا الهزل ليشمل عقود المواضعة والتلجئة أيضاً.

وأمَّا الهزل في التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق ونحوهما فليس له أثر فيها حيث تصح معه. هذا وإن الهزل لا يثبت عند الحنفية بالقرائن بل لا بدَّ من إثباته بدليل مادي من إقرار، أو بينة، فقالوا لا بدَّ أن يقول إني هازل، أو أبيع هازلاً، أو نحو ذلك.

ثمَّ هل بيع الهازل فاسد أم باطل؟ فيه خلاف، فظاهر عبارتي ابن الهمام والحصكفيّ أنَّ البيع باطل =

وكذلك يخرج القصد الصوري، وهو أن يتفق العاقدان في الخفية على عقد، ثمَّ يعقدان في الظاهر عقداً آخر، أو لا يقصدان الدخول في علاقة تعاقدية، لكنه لشيء ما

= حيث صرَّحا: «بأنَّه لم ينعقد مع الهزل»، كما يدل على ذلك أنَّ بيع الهازل عندهم لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم، قال ابن عابدين: «وقد صرَّح في الخانية والقنية بأنَّه بيع باطل». وكثيراً ما يطلقون الفاسد على الباطل، وذهب بعضهم إلى أنَّه بيع فاسد، ويؤيد ذلك أنَّ بيع الهازل تلحقه الإجازة في حين أنَّ الباطل لا تلحقه، لأنَّ الباطل غير منعقد أصلاً.

وذهب المالكية ـ في المعتمد عندهم عدا القابسي ـ إلى أنَّ العقود المالية لا تنعقد مع الهزل، وأمَّا غيرها كالطلاق والنكاح، والرجعة والعتق فيصح مع الهزل سواء كان الهزل من جانب واحد، أو من الجانبين، كما أنهم لم يشترطوا في اعتبار الهزل التصريح به في العقد أو قبله بل اكتفوا بالقرينة وظاهر الحال.

وذهب القابسي من المالكية إلى أنَّ النكاح لا يلزم مع الهزل، كما ذهب رأي غير مشهور لهم إلى أنَّ عقود الهازل مطلقاً سواء كانت مالية أو غيرها لا تصح إذا دلَّ دليل على وجود الهزل.

وذهب الشافعية إلى وقوع طلاق الهازل، وعتاقه، ورجعته وفي نكاحه رأيان غير أنَّ الراجح هو صحة نكاحه، وأمَّا بيع الهازل ونحوه من العقود المالية ففيه خلاف قال النووي: «قال أصحابنا وفي بيع الهازل وشرائه وجهان أصحهما ينعقد كالطلاق. . . عملاً باللفظ، والثاني لأنَّه لم يقصد بيعاً».

وذهب الحنابلة إلى إبطال بيع الهازل وشرائه، ونحوهما على الوجه المصحح عندهم، وإلى وقوع طلاقه، وعتاقه، ورجعته ونكاحه، ثمَّ إنَّ الحنابلة يقبلون دعوى الهزل بظاهر الحال والقرائن.

وذهب الظاهرية إلى صحة طلاقه ونكاحه ونحوهما، وعدم صحة بيوعه ونحوها من العقود المالية.

والخلاصة أن الفقهاء قد فرقوا بين العقود المالية، والعقود غير المالية فالحنفية، والمالكية ـ ما عدا القابسي ـ والشافعية ـ ما عدا وجهاً لهم في النكاح ـ والحنابلة والظاهرية، والإمامية على أن طلاق الهازل ونكاحه ونحوهما صحيح، كما أنَّ الجمهور: من الحنفية والمالكية والشافعية في وجه، والحنابلة على الوجه المعتمد لديهم، والظاهرية والإمامية على فساد أو بطلان بيع الهازل وشرائه ونحوهما من العقود المالية. وذهب وجه غير مشهور للمالكية إلى صحة عقود الهازل مطلقاً، والراجح هو مذهب الجمهور.

انظر تفصيل ذلك في: تيسير التحرير (٢/٢٩٠ ـ ٢٩٩)؛ والمنار مع شرحه فتح الغفار (٣/١٠٩)؛ وفتح القدير (٢/٣٤٨)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢/٥٠٧)؛ والقوانين الفقهية ص (١٦٩ ـ قـد ١٧٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢١)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٨)؛ وخبايا الزوايا للزركشي ص (١٨٦)؛ وشرح المحلي على المنهاج، مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٣/٣٣١)؛ والمجموع للنووي (٩/١٧٣)؛ والروضة (٨/٥٤)؛ والمغني لابن قدامة (٢/٢٣٧)؛ والإنصاف (٤/٢٦٦)؛ وأعلام الموقعين (٣/١٢٤)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٥٢٨)؛ والمختصر النافع ص (٢٢١). وراجع تلخيص الحبير (٣/٢٠٩ ـ ٢١٠).

يظهران التعاقد وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بعقد التلجئة والمواضعة[1].

المطلب الثاني
الأهلية

هي لغة نسبة إلى الأهل فيقال: فلان أهل لكذا أي مستحق له وخليق به، أو صالح للقيام به أو للطلب منه[2]. وفي القرآن الكريم: ﴿وأَلزَمَهُم كلمةَ التقوَى وكانُوا أحقَّ بهَا وأهلَهَا﴾[3]، و﴿هُوَ أَهلُ التقوَى وأهلُ المغفِرَة﴾[4].

---

(١) التلجئة: لغة الاضطرار، فيقال: ألجأه أي اضطره والتلجئة: الإكراه وقيل التلجئة: أن يلجئك أن تأتي أمراً ظاهره خلاف باطنه. القاموس المحيط (٢٨/١)؛ والمصباح المنير (٢١٢/٢).

واصطلاحاً هي: الاحتماء بستار صوري من العقد الذي لم يرده المتعاقدان بل أرادا بدفع ضرر، أو تهريب مال، قال ابن قدامة: «ومعنى بيع التلجئة أن يخاف شخص أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطىء رجلاً على أن يظهرا أنَّه اشتراه منه ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعاً حقيقياً».

وقد اختلف الفقهاء في بيع التلجئة ونحوه فذهب جماعة منهم أبو حنيفة في رواية، وصاحباه والحنابلة والإمامية إلى أنَّه باطل، قال السرخسي: «إنَّ بيع التلجئة باطل، لأنَّ التلجئة بمنزلة الهزل»، وقال الحصكفي: «بيع التلجئة... ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل». في حين ذهب جماعة آخرون منهم أبو حنيفة في رواية، والشافعية إلى أنه صحيح قال النووي: «وصورة بيع التلجئة: أن يتفقا على أن يظهر العقد إما للخوف من ظالم ونحوه، وإما لغير ذلك، ويتفقا على أنَّهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً، ثمَّ يعقد البيع فإذا عقداه انعقد عندنا ولا أثر للاتفاق السابق، وكذا لو اتفقا على أنَّ البيع بألف ويظهرا ألفين فعقدا بألفين صح البيع بألفين، ولا أثر للاتفاق السابق».

والذي يظهر رجحانه هو القول الأول وذلك، لأنَّ بيع التلجئة كبيع الهازل في أنَّهما لم يقصدا حكم البيع وآثاره، وأنَّ الدليل قائم على أنَّ الشخص في بيع التلجئة لم يقصد البيع إطلاقاً، ولم يرض به مع أن حل أموال الناس منوط بالرضا بنص القرآن الكريم.

انظر تفصيل ذلك في: المبسوط للسرخسي (١٣٣/٢٤)؛ وبدائع الصنائع (١٧٦/٥)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢٤٤/٢)؛ والمجموع للنووي (٣٣٤/٩)؛ والمغني لابن قدامة (٢٣٧/٤)؛ والإنصاف (٢٦٥/٤).

ويراجع: الأستاذ الزرقا، المدخل (٣٥٨/١)؛ و د. سوار، التعبير عن الإرادة، نشر مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٠ ص (٢٩٦)؛ وبحر العلوم رسالته السابقة الإشارة إليها ص (١٤٢ وما بعدها).

(٢) انظر: لسان العرب ص (١٦٤)؛ والقاموس المحيط (٣٤٢/٣)؛ والمصباح المنير (٣٣/١)؛ والمفردات للأصفهاني ص (٢٨).

(٣) سورة الفتح: الآية ٢٦. وراجع تفسير القرطبي (٢٨٨/١٦).

(٤) سورة المدثر: الآية ٥٦.

وفي الاصطلاح الشرعي: هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[1] أو كما يقول نظام الدين الأنصاري: كون الإنسان بحيث يصح أن يتعلق به الحكم[2].

والأهلية تبدأ مع كون الإنسان جنيناً في بطن أمه ثمَّ تنمو معه فتنضج وتتكامل بالبلوغ والعقل وتستمر معه إلى أن يموت، غير أنَّها تختلف من مرحلة إلى أخرى لذلك ذكر الأصوليون والفقهاء مرحلتين[3] للأهلية وهما مرحلة أهلية الوجوب، ومرحلة أهلية الأداء وكل منهما إما أن تكون كاملة أو ناقصة:

١ ـ أهلية الوجوب:

وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له أو عليه[4]، وبعبارة أخرى: صلاحيته

---

(١) راجع في تفصيل هذه المسألة: كشف الأسرار (١٣٥٨/٤)؛ والتلويح للتفتازاني على التوضيح، لصدر الشريعة (٣٢١/٢)؛ وتيسير التحرير (٢٤٥/٢)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (٨٠/٣/٣)؛ وتشنيف المسامع، للزركشي مع البدر الساطع (٢٦٦/١)؛ والأم للإمام الشافعي (٤/٦)؛ وبدائع الصنائع (٦٤/٧)؛ وشرح الكوكب المنير (٤٩٩/١)؛ والمستصفى (٨٣/١ ـ ٨٤)؛ والإحكام للآمدي (١٥٢/١)؛ وفواتح الرحموت (١٥٦/١)؛ وروضة الناظر ص (٢٦)؛ ومختصر الطوفي ص (١٢)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٠٦)؛ وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب (١٥/٢)؛ وأصول الرضى (٣٣٢/٢).

وانظر: الشيخ محمد المحلاوي، تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص (٢٠٦)؛ والشيخ أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي ص (١٠٩)؛ والشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٠٢)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١٠١)؛ و د. محمد شوكت العدوي، نظرية العقد ص (٤٦)؛ و د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه ص (٨٥)؛ و د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة ص (٧)؛ واستاذ محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ص (٤٣٩)؛ و د. محمد مصطفى شحاتة، أحكام العقود ص (٢٦).

(٢) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (١٥٦/١).

(٣) استعملت «مرحلتي الأهلية» خلافاً لكثيرممن سبقني من المحدثين ـ الأستاذ ـ أحمد إبراهيم، الالتزامات ص (١٠٩)؛ ود. عبد الكريم زيدان، الوجيز ص (٨٥) ـ وغيرهما ـ الذين قسموها إلى القسمين، وإطلاق القسم عليهما غير دقيق أو فيه نوع من التسامح لأنَّ القسم لا بدّ وأن يكون قسيماً ومتبايناً للقسم الآخر في حين أنَّ العلاقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء عموم وخصوص مطلق يجتمعان في العاقل، وتفترق الثانية عن الأولى في المجنون والجنين ونحوهما. فأهلية الآداء مرحلة متطورة تأتي بعد أهلية الوجوب فتتألف معها دون أن تنالها بسوء، أو تزحزحها عن مكانها.

(٤) شرح المنار مع حاشية الرهاوي ص (٩٣٦)، والمصادر السابقة.

لأن يطالب، ويطلب منه سواء كان بنفسه أو بواسطة من له الولاية عليه.

ومناط هذه الأهلية الحياة حيث تثبت لكل إنسان جنيناً كان أو صغيراً أو كبيراً، مجنوناً كان أو عاقلاً، حراً كان أو عبداً. قال الغزالي: «وأمَّا أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستفاد من الإنسانية التي بها يستعد لقبول قوَّة العقل الذي به فهم التكليف في ثاني الحال، وشرط الإنسانية الحياة، والنطفة في الرحم قد يثبت لها الملك بالإرث والوصية، والحياة غير موجودة فيها بالفعل، ولكنها بالقوة[1]. وقد أثبت جمهور الفقهاء مبنى الأهلية وسموه بالذمة، وهي العهد لغة[2]، وهم عرفوها بأنَّها وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له ولما عليه وهي خاصة بالإنسان[3] لقوله تعالى: ﴿وإذ أخذَ ربُّكَ من بنِي آدَم مِنْ ظُهورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُم وأشهدَهُمْ على أنفسِهم ألستُ بربِّكم قالُوا بَلَى...﴾[4]، قالوا: فهذه الآية إخبار عن عهد جرى بين الله وبين بني آدم، والإشهاد عليهم دليل على أنَّهم يؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق الله تعالى عليهم، فلا بد إذن من وصف يكونون به أهلاً للوجوب وهو الذمة بالمعنى اللغوي والشرعي، وهو وصف خاص لهم دون غيرهم. وقوله تعالى: ﴿وكُلَّ إنسانٍ ألزمنَاهُ طائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾[5]، أي ألزمناه عمله لزوم القلادة أو الغل في العنق أي لا ينفك عنه أبداً فدلت الآية على لزوم العمل للإنسان. وقوله تعالى: ﴿إنَّا عرضْنَا الأمانَةَ على السمواتِ والأرضِ والجبالِ

---

(١) المستصفى (١/٨٤).

(٢) الذمة لغة العهد قال السيد شريف في التعريفات ص (٥٧): «الذمة لغة العهد لأنَّ نقضه يوجب الذم، ومنهم من جعلها وصفاً فعرفها بأنَّها وصف يسير به الشخص أهلاً للإيجاب له أو عليه، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنَّها نفس لها عهد». ويسمى المعاهد ذمياً لأنَّه أعطى له ذمة المسلمين. وراجع لمعناها اللغوي: القاموس المحيط (٤/١١٦)؛ والمصباح المنير (١/٢٢٥).

(٣) التوضيح (٢/٣٢٣ ـ ٣٢٤)؛ والمستصفى (١/٨٤)؛ وفتح الغبار بشرح المنار (٣/٨٠)؛ قال ابن نجيم فيه: «وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد، فقولهم: في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من إطلاق الحال وإرادة المحل».

وراجع: كشف الأسرار (٤/٢٣٨)؛ وأصول الرضي، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، ط. دار المعرفة بيروت (٢/٣٣٣)؛ ومرآة الأصول لمنلاخسرو، ط. دار الطباعة العامرة ١٣٥٧ هـ (٢/٤٣٤)؛ والمغني في أصول الفقه للخبازي، تحقيق د. محمد مظهر سقا، ط. جامعة أم القرى ص (٣٦٢).

والواقع أنَّ بعضهم عرفوا الذمة بأنَّها وصف، وقسم عرفوها بأنَّها نفس لها عهد، والمؤدي واحد.

(٤) سورة الأعراف: الآية ١٧٢.

(٥) سورة الإسراء: الآية ١٣.

فأبينَ أنْ يحمِلْنَهَا وأشفَقْنَ منهَا وَحَمَلَها الإنسانُ﴾[1]، فهذه الآية لدليل ظاهر على خصوصية الإنسان بحمل أعباء التكليف أي وجوبها عليها[2]. قال صدر الشريعة[3]: «فيثبت بهذه الآيات الثلاث أنَّ للإنسان وصفاً هو به يصير أهلاً لما عليه، ولا دليل في هذه الآيات على وصف يصير به الإنسان لما له... وأما الدلائل الدالة على الوصف الذي يصير به أهلاً لما له فكثيرة منها قوله تعالى: ﴿ومَا مِنْ دابةٍ في الأرضِ إلَّا علَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿.. خَلَقَ لكُمْ ما في الأرضِ جميعاً﴾[5].

وقد أنكر بعض الأصوليين[6] إثبات الذمة قائلين بأنَّها أمر لا معنى له ولا حاجة إليه في الشرع، وأنَّه من مخترعات الفقهاء، وأنَّ الإنسان تلزمه الأحكام وتجب عليه، أو له بوصفه إنساناً دون حاجة إلى تقدير وصف يصير به أهلاً لذلك، فالإنسان أهل للإلزام والالتزام دون حاجة إلى هذا التقدير فعلى هذا تتوجه الخطابات التكليفية باعتبار ذاته دون الحاجة إلى تقدير وصف.

فالشارع قد أمر بتمكين الدائن من الاستيفاء من المدين، فأمر الشارع وتمكينه هما مناط الإلزام والالتزام. وأياً ما كان فالخلاف لفظي ونظري ولا بأس من اعتبار وصف الذمة كتكييف فقهي دقيق وهو ليس غريباً على الصياغة الفنية الفقهية التي توصل إليها الفقهاء المسلمون، بل إنَّ كثيراً من الأمور الفقهية يفرض وجودها ويقدر، ليسهل من خلالها ترتيب الآثار عليها فالملك في الأشياء المملوكة ليس شيئاً محسوساً ومع ذلك فهو أمر مقدر يتنقل ويتحول، ويزول، وينتهي، وكذلك الرق والحرية فهما ليسا من الأمور المحسوسة ومع ذلك فقد اعتبرهما الشارع وتتعلق بهم أحكام مخصوصة، وأمثال ذلك في الفقه أكثر من أن تعد[7]. وهكذا الأمر في «الذمة» حيث قدرها الفقهاء لتكون محلاً للحقوق التي تثبت للإنسان أو عليه، ولذلك رد عبد العزيز

---

(١) سورة الأحزاب: الآية ٧٢.

(٢) انظر: التلويح على التوضيح (٢/٣٢١ - ٣٢٦).

(٣) التوضيح (٢/٣٢٧).

(٤) سورة هود: الآية ٦.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٩.

(٦) انظر: التلويح على التوضيح (٢/٣٢٣ - ٣٢٤)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (٣/٨٠)؛ والمصادر السابقة.

(٧) ينظر: كشف الأسرار (٤/١٣٥٨)؛ والشيخ أبو زهرة، المصدر السابق ص (٣٠٤)؛ والشيخ علي الخفيف، المصدر السابق ص (١٠٢).

البخاري على من نفاها رداً عنيفاً ووصفهم: «بأنَّهم لم يشموا رائحة الفقه»[١]. ثمَّ إنَّ الفقهاء لم يجعلوا بدل «الذمة»: العقل محلاً تناط به الحقوق، لأنَّ أهلية الوجوب تثبت للمجنون، والصبي بل للجنين في بطن أمه مع أنَّ كل واحد من هؤلاء ليس له عقل فثبت أنَّ مناط الأهلية غير العقل[٢]، وأنَّها مع مناطها وهي الذمة من خطاب الوضع قال القرافي: «الذي يظهر لي وأجزم به أنَّ الذمة، وأهلية التصرف من باب خطاب الوضع دون خطاب التكليف، وأنَّهما يرجعان إلى التقادير الشرعية وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود، والذمة وأهلية التصرف من القسم الثاني وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود، فإنَّه لا شيء في المحل من الصفات الموجودة... وإنما هو نسبة خاصة يقدرها الشرع عند سببها موجودة، وهي لا وجود لها بل هذا المعنى من التقدير فقط كما يقدر الملك في العتق وهو معدوم»[٣].

هذا هو المشهور بين جمهور الفقهاء والأصوليين في تعريف الذمة، وبيان العلاقة بينها وبين الأهلية، واعتبارها مناطاً ومبني لأهلية الوجوب[٤]، غير أنَّ الإمام القرافي قد اتَّخذ لنفسه مسلكاً فجعل الذمة خاصة بمن هو أهل للتكليف[٥]، وفسرها بقوله: «الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام وللزوم، وهذا المعنى جعله المشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ، ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له.. فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أجر الإجارات، وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه، إذا التزم شيئاً اختياراً من قبل نفسه لزمه، وإذا فُقِدَ شرطٌ من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام، والالتزام وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه الأجناس المسلم فيها مستقرة حتى يصح مقابلتها

---

(١) كشف الأسرار (٤/١٣٥٨..)، بل ادَّعى الإجماع في الصدر الأول على إثبات الذمة. انظر حاشيته على التحقيق الورقة (١٩٥).

(٢) المصادر السابقة. قال ابن نجيم في التفرقة بين الذمة والعقل: «... بل العقل إنَّما هو لمجرد فهم الخطاب، والوجوب مبني على الوصف المسمى بالذمة.... والآدمي يولد، وله ذمة مطلقة صالحة للوجوب..». ولكنه ليس له عقل إلَّا بعد التمييز. انظر: فتح الغفار بشرح المنار (٣/٨٠ ـ ٨١)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٤٩).

(٣) الفروق (٣/٢٣٥ ـ ٢٣٦).

(٤) المصادر السابقة جميعها. وراجع على سبيل المثال: التلويح على التوضيح (٢/٣٢٣)؛ وفتح العقار (٣/٨٠ ـ ٨١)؛ والمراجع الحديثة السابقة.

(٥) وقد تبعه في ذلك الشيخ محمد علي المالكي في اختصاره للفروق: تهذيب الفروق المطبوع بهامش الفروق (٣/٢٣٧).

بالأعواض المقبوضة ناجزاً في ثمنها، وفيه تقدر أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة، وصدقات الأنكحة، والديون في الحوالات والحقوق في الضمانات»[1]، ثمَّ إنَّ القرافي قد ردَّ على من قال بأنَّ الذمة هي أهلية التصرف، والمعاملة رداً مفصلاً وفسر أهلية التصرف بأنَّها: «قبول يقدره صاحب الشرع في المحل، وسبب هذا القبول المقدر التمييز»[2]. ثمَّ بيَّن فيه بأنَّ العلاقة بينهما العموم والخصوص من وجه فقال: «فإنَّ أهلية التصرف توجد بدون الذمة، والذمة توجد بدون أهلية التصرف، وتجتمعان معاً... فالصبيان المميزون عندنا يصح بيعهم وشراؤهم، ويقف اللزوم على إجازة الولي... واتَّفق الجميع على عدم الذمة في حقه... وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبيد... وتوجد أهلية التصرف والذمة معاً في حق الحر البالغ الرشيد... ثمَّ إنَّ أهلية التصرف قد توجد في النكاح الذي لا يثبت في الذمم كتصرف الأولياء في الموليات له، وتوجد في الأحكام فيما لا يثبت في الذمم... فأهلية التصرفات أهلية وقبول خاص كما تقدم ليس فيه إلزام ولا التزام والذمة معنى مقدر في المحل قابل لهما فهذا هو نفس الفرق بينهما مع أنَّ كليهما معنى مقدر في المحل، ووقع الفرق من حيث السبب، فإنَّ الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلمه، بخلاف أهلية التصرف...»[3].

فعلى ضوء هذا أنَّ القرافي جعل التكليف شرطاً للذمة وادَّعى في ذلك عدم خلاف فيه. غير أنَّ هذا الادعاء غير مسلم، بل إنَّ جمهور الأصوليين والفقهاء جعل الذمة مناطاً لأهلية الوجوب فتتحقق مع حياة الإنسان يقول صدر الشريعة: «فقبل الولادة له ذمة من وجه يصلح ليجب له الحق، لا ليجب عليه، فإذا ولد تصير ذمته مطلقة...»[4]. ويقول ابن نجيم: «والآدمي يولد وله ذمة مطلقة صالحة للوجوب»[5]. ويقول الغزالي: «وأما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستفاد من الإنسانية... وشرطها الحياة..»[6]، وكذلك قال غيرهم[7]. وهذا الاصطلاح الخاص في معنى الذمة عند

(١) الفروق، ط. دار المعرفة بيروت (٣/٢٣٠ ـ ٢٣٢).
(٢) المصدر السابق (٣/٢٣٢).
(٣) الفروق (٣/٢٢٧ ـ ٢٢٩، ٢٣٣ ـ ٢٣٤).
(٤) التوضيح مع شرحه التلويح (٢/٣٢٥).
(٥) فتح الغفار (٣/٨١).
(٦) المستصفى (١/٨٤).
(٧) المصادر والمراجع السابقة في أول مبحث الأهلية.

القرافي يعود في نظري إلى أنَّه نظر إليها باعتبارها ذمة مالية كما يقال في ذمة فلان دين أي انشغلت ذمته به بدليل أنَّه فرَّق بين التصرفات وقال في بعضها أنَّها لا تثبت في الذمة كالنكاح[1]، وفي بعضها الآخر أنَّها تثبت فيها أثمان البياعات ومهور الأنكحة. .[2]. كما أنَّه قد فسَّرها بالوصف المقدر في المحل القابل للإلزام والالتزام، فعلى هذا فالخلاف لفظي، لأنَّ الجمهور لم يشترطوا في الذمة هذا المعنى، ولا تحقق التكليف، ولو فسَّروها بهذا المعنى، أو فسرها القرافي بما فسر به الجمهور لما وقع خلاف بينهم ولهذا انتقده ابن شاط المالكي، ولم يرض بتعريفه[3].

مرحلتا أهلية الوجوب:

لقد ذكر الأصوليون أنَّ للأهلية مرحلتين:

أ ـ **مرحلة أهلية الوجوب الناقصة** وهي ثبوت بعض الحقوق دون بعض.

وهذه المرحلة تبدأ مع تكون الإنسان وهو في بطن أمه، فتثبت له قبل الولادة لكن بشرط أن يولد حياً، حتى لو مات بعد ولادته مباشرة، أو بعد ظهور أكثره حياً تثبت له الأهلية، لأنَّه أذا لم يولد حياً أو أكثره تبين أنَّه لم تدب فيه الحياة وبالتالي لم تثبت له ذمة لأنَّ مناط أهليته حياته التي تظهر وتتحقق عند الولادة. فالجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها من جهة أنَّه ينتقل بانتقالها، ويقر بقرارها، ومستقل من جهة أنَّ له حياة مستقلة وقابلية للانفصال عنها فتكون له ذمة بهذا الاعتبار، فتثبت له بعض الحقوق كالإرث والوصية والنسب، ولا تثبت عليه الحقوق، أما بعد الانفصال فتصير ذمته مطلقة وكاملة فتثبت له أهلية الوجوب كاملة[4].

فعلى ضوء هذا يعود السبب في نقص أهلية الجنين إلى أمرين:

أحدهما: احتمال الحياة والموت، حيث إنَّه من الممكن أن يولد ميتاً فلا يكون

---

(١) الفروق (٣/٢٣٣).

(٢) الفروق (٣/٢٣١).

(٣) قال ابن شاط في ادرار الشروق على أنواء الفروق، المطبوع مع الفروق ص (٢٢٦): «وما قاله ـ أي القرافي ـ من أنَّ الصبي لا ذمة له فيه نظر، فإن كانت الذمة كون الإنسان قابلاً للزوم الحقوق والتزامها شرعاً فالصبي لا ذمة له وإن كانت الذمة كونه قابلاً للزوم الحقوق دون التزامها فالصبي له ذمة للزوم الأروش وقيم المتلفات» أي أنَّ القضية تعود إلى التعريف والاصطلاح فقط.

(٤) انظر: التلويح على التوضيح (٢/٣٢٤ ـ ٣٢٥)؛ وكشف الأسرار (٤/١٣٥٩)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٤٩)؛ والمصادر السابقة.

لوجوده السابق أيُّ اعتبار ولا يعترف له بأي حق من الحقوق، وأما إذا ما ولد حياً فتكتمل بذلك أهلية الوجوب، لكن لما كان الجنين دائراً بين كونه حياً، وكونه ميتاً لاحظ الفقه في إثبات الحقوق له أو عليه هذين الطرفين، قال ابن رجب: «إنَّ الأحكام الشرعية تتعلَّق بالأسباب الظاهرة فإذا ظهرت إمارة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه في الظاهر، فإن خرج حياً تبين ثبوت تلك الأحكام في الباطن، وإن بان أنَّه لم يكن حملاً، أو خرج ميتاً تبين فساد ما تعلق به من الأحكام به وبحياته كإرثه ووصيته»[1].

الأمر الثاني: أنَّ الجنين يعتبر جزءاً من أمه من حيث الظاهر، إذ يتحرك بحركتها ويستقر بقرارها، فلم يغفل الشارع عن هذه الجهة فأعطاه بعض ما يلحق أمه من أحكام حيث يعتق بعتقها إن كانت أمة، غير أنَّه ليس جزءاً على الدوام بل هو جزء مستقل بالروح والحياة، ومستعد للانفصال ولذلك تجب بإجهاضه دية مستقلة (الغرة خمس إبل) بل يؤثر في أمه في بعض أحكام[2]، ولذلك أعطاه الشارع بعض حقوق الإنسان الحي دون بعض فأثبت له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول كالميراث والعتق والوصية وغلات الوقف والنسب، كما أجاز استثناءه من أمه في الوصية[3]. ولم يثبت له الحقوق التي تحتاج إلى قبول وإن كانت نفعاً محضاً كالهبة له، لأنَّ الجنين نفسه لا يستطيع أن يقبلها، ولم يجعل له الشرع ولياً أو وصياً فلا ولاية لأحد عليه أن يملكه وكذلك لا تجب عليه حقوق لغيره كالنفقة ونحوها، لأنَّ ثبوتها على الغير إنما يكون بفعل منه أو التزام يلتزمه بعبارته، أو بعبارة وليه، ولا شيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين[4].

ب ـ مرحلة أهلية الوجوب الكاملة:

وتبدأ هذه المرحلة بمجرد ولادة الجنين حياً فيكون أهلاً لأن تثبت له أو عليه الحقوق والواجبات، وينوب عنه في ذلك الولي أو الوصي، فتكون أهليته كاملة في

---

(١) القواعد لابن رجب ص (١٨٩).

(٢) مثل تأخير إقامة الحدود على أمه، واستيفاء القصاص عنها لغاية أن يلد، بل يفطم، ومثل إباحة الفطر خشية عليه، ووجوب النفقة لها أذا كانت بائناً وغيرذلك.

انظر: القواعد لابن رجب ص (١٨٩ ـ ٢٠٠).

(٣) التلويح (٢/٣٢٤ ـ ٣٢٥)؛ وفتح القدير (٨/٤٣٤، ٤٣٧)؛ والقواعد لابن رجب ص (٨٩)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٤٩ وما بعدها).

(٤) فتح القدير (٨/٤٣٤، ٤٣٧)؛ والبحر الرائق (٦/١٦٨)؛ والمستصفى (١/٨٤)؛ والمصادر السابقة.

الأموال غير أنَّ أهليته للعبادات تتأخر إلى البلوغ والعقل[1]، يقول صدر الشريعة: «فقبل الولادة له ذمة من وجه يصلح ليجب له الحق، لا ليجب عليه، فإذا ولد تصير ذمته مطلقة - أي صالحة لوجوبه له وعليه - لكنَّ الوجوب غير مقصود بنفسه بل المقصود حكمه وهو الأداء، فكل ما يمكن أداؤه يجب، وما لا يمكن فلا، فحقوق العباد ما كان منها غرماً وعوضاً يجب على الصبي، لأنَّ المقصود هو المال، فأداؤه يحتمل النيابة وكذا ما كان صلة تشبه المؤن، أو الأعواض كنفقة القريب، والزوجة، لا صلة تشبه الأجزية كالدية حيث لا يتحملها الصبي»[2].

وكذلك الأمر بالنسبة للمجنون والمعتوه غير المميز فلهم أهلية الوجوب الكاملة، فتجب لهم حقوقهم لكن يقبلها عنهم أولياؤهم، وتجب عليهم الحقوق التي يستطيع وليهم أن يقوم عنهم، أما هم بأنفسهم فلا يستطيعون إنشاء شيء من التصرفات القولية المعتبرة، لكن ذمتهم تصلح لقبول الالتزامات التي يقوم بها أولياؤهم في حدود ما رسمه لهم الشارع الحكيم فهم مقيدون بما يعقده لهم أولياؤهم أو أوصياؤهم فلا يستطيعون التخلي عنها إذا رشدوا، فأثمان الأعواض، ومهور نسائهم تلزمهم وتجب في أموالهم، وفي الجملة كل الالتزامات المالية التي تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم أولياؤهم تكون لازمة وتحل في ذمتهم، وفي هذا الموضوع تفصيل وخلاف ليس هذا محله[3].

٢ - أهلية الآداء:

وهي صلاحية الشخص لصدور الفعل، أو القول عنه على وجه يعتد به شرعاً - أي يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والواجبات ومؤاخذاً بأقواله وأفعاله، ومطالباً بتنفيذ التزاماته فتترتب على ذلك صحة تصرفاته القولية فتكون أقواله أسباباً منشئة للحقوق له أو عليه، ومعيار ذلك التمييز، لأنَّه الذي يجعله فاهماً لما ترمي إليه أقواله وأفعاله، ومدركاً لما يترتب عليهما من حقوق أو واجبات، فالتمييز هو كون الشخص عارفاً بمعاني الألفاظ الدالة على العقود بحيث يفهم معنى البيع بأنَّه ينقل الملكية منه إلى

---

(١) التلويح على التوضيح (٢/٣٢٣)؛ والمستصفى (١/٨٤)؛ والمصادر السابقة.

(٢) التوضيح (٢/٣٢٥).

(٣) انظر في تفصيل ذلك: التلويح على التوضيح (٢/٣٢٣-٣٢٨)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (٣/٨٠-٨٤)؛ والمستصفي (٦/٨٤). والشيخ أبا زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٠٩-٣١١)؛ والشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص (١٠٢)؛ والمصادر والمراجع السابقة.

غيره، والشراء يثبت له الملكية في مال غيره مقابل ما يدفعه هو[1].

هذا ولم يحدد الفقهاء الأقدمون سناً معينة للتمييز اعتماداً على العرف والمشاهدة، ونظراً إلى أنَّ التميز أمر نسبي يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة، والظروف الاجتماعية، والحضارية، غير أنَّ الفقهاء المتأخرين قد قدروا السن السابعة كحد أدنى للتمييز رغبة منهم في ضبط الأحكام واستقرارها بقدر الإمكان[2]، واستنباطاً من قوله ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين...»[3]. واستئناساً بأنَّ هذه السن هي نهاية مدة حضانة الأم للغلام، حيث يستغني عن خدمة أمه، ويستطيع أن يقوم بشؤونه بنفسه[4]. ومع ذلك فليس هذا أمراً تحديدياً لا يجوز تجاوزه بل هو أمر تقريبي لذلك فالأصل هو أنَّ مناط أهلية الآداء التمييز سواء تحقق قبل السابعة أو بعدها إلى البلوغ[5].

مرحلتا أهلية الأداء:

وهما أهلية الأداء الناقصة، وأهلية الأداء الكاملة حيث تبدأ ناقصة مع الصبي المميز، ثمَّ تتكامل مع كمال التمييز، فهي تابعة للتمييز[6]، وكمال التميز بكمال العقل[7] والرشد مع عدم الحجر عليه فمن اتَّصف بهذه الصفات تحققت له أهلية

---

(١) التلويح (٣٢٣/٢ وما بعدها)؛ وفتح الغفار (٨٠/٣...). والشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٠٩ - ٣١١)؛ والشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص (١٠٢)؛ و د. عبد الكريم زيدان، الوجيز ص (٨٨)؛ والمصادر والمراجع السابقة.

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٤٨/٣)، والمصادر والمراجع السابقة.

(٣) الحديث بهذا اللفظ رواه أبو داود، ورواه الترمذي بلفظ: «علموا... «بدل» مروا...» انظر: سنن أبي داود مع العون، كتاب الصلاة (١٦١/٢)؛ وسنن الترمذي مع التحفة، كتاب المواقيت (٤٤٥/٢).

(٤) البحر الرائق (٤٨/٣). والشيخ أبو زهرة، المرجع السابق ص (٣١٣)؛ والشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص (١٠٤)؛ والشيخ شوكت العدوي، المرجع السابق ص (٥١)؛ والمصادر والمراجع السابقة.

(٥) المصادر السابقة.

(٦) التلويح على التوضيح (٣٢٤/٢..)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (٨١/٣ - ٨٤)؛ والمستصفى (٨٤/١)؛ والمصادر والمراجع السابقة.

(٧) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٢٩٨٧/٦): «إنَّ أهلية الأداء لا تثبت بدون العقل والعقل هو =

الأداء كاملة، ويكون حراً طليقاً في تصرفات إلاَّ بما قيده الشرع أو منعه، فيتمتع بحقوقه كاملة، ويستقل بتصرفاته، حيث إن عقله ورشده كافيان في تقييدها بالمصالح، فمناط أهلية الأداء الكاملة هو العقل والرشد مع عدم الحجر عليه، وأما إذا لم يتحقق فيه كمال العقل، والرشد، كالصبي المميز الذي لم يبلغ سن البلوغ، أو حجر عليه فتثبت لهؤلاء أهلية الآداء الناقصة(١).

المطلب الثالث
الجانب التطبيقي لعلاقة الأهلية بالرضا

وقد ظهرت من خلال العرض السابق أنَّ صاحب أهلية الوجوب بمرحلتيها لا يتمتع بالتمييز، فإذن ليس له الرضا إطلاقاً، فالرضا عنده معدوم بالقطع، لأنَّه هو القصد وهو لا يتحقق إلاَّ عند التمييز، ولذلك لا يترتب على عقوده أي أثر من آثار العقد(٢). وأمَّا صاحب أهلية الأداء فيتحقق عنده الرضا لوجود التمييز ثمَّ إذا كانت أهليته كاملة فرضاه تام وكامل، وإن كانت ناقصة فيكون رضاه ناقصاً، ولكي يتضح لنا نمو الرضا

القوة التي يدرك بها حقائق الأشياء وتمييز الضار من النافع، والخير من الشر في الجملة».
انظر: التعريفات للسيد ص (٨١).

(١) التلويح التوضيح (٢/٣٢٣)؛ وفتح الغفار (٣/٨٠٠٠٠)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٥٣).

(٢) راجع في تفصيل ذلك: كشف الأسرار (٤/١٣٥٨)؛ والتلويح على التوضيح (٢/٣٢٤)؛ وشرح المنار (٣/٠٠٠٨)؛ وفتح القدير (٨/٤٣٤، ٤٣٧)، حيث صرح فيه ابن الهمام بأنَّ الجنين لا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً.
وراجع: البحر الرائق (٦/١٨٦). والشيخ علي الخفيف، المصدر السابق ص (١٠٤)، و د. عبد الكريم زيدان، الوجيز ص (٨٨)؛ وقال الشيخ أبو زهرة في الملكية ونظرية العقد ص (٣٠٨): «فالفقه الإسلامي كما ترى لا يجعل ولياً أو وصياً للجنين، ولكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصياً يقيمه المجلس الحسبي حتى لا تضيع الغلات، ولا تفسد الأملاك التي تثبت له، والشريعة تعتبر الأمين الذي يكون تحت يده مال الجنين قائماً مقام الوصي، فلا مانع من اعتبار الوصي الذي يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذي أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للحمل بمقتضى أحكام الميراث، ولا تتغير الصفة بتغير المسمى. وأيضاً تنص المادتان (٢٨، ٢٩) من قانون الولاية على المال المرقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنَّه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر، أو للحمل المستكن، وأنَّه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً».

وتكامله والمراحل التي يمر بها لا بدَّ من استعراض الأطوار السننية ـ الطبيعية ـ للإنسان من حياته إلى موته مع ما يتعلق بعقوده وتصرفاته في كل مرحلة والآثار التي تترتب عليها، فإذا استعرضنا هذه الأطوار تتضح لنا مراحل الأهلية وبالتالي مراحل الرضا. وهي كالآتي:

المرحلة الأولى: طور كون الإنسان جنيناً حيث تثبت له أهلية الوجوب الناقصة، وتقدر له الذمة، لكنه لا يتصور منه القصد والرضا قطعاً[1].

المرحلة الثانية: طور الولادة إلى التمييز:

وإذا انفصل الجنين حياً تثبت له أهلية الوجوب كاملة فتجب الحقوق له أو عليه، ولكن يقوم الولي أو الوصي مقامه فيما يحتاج إلى قبول.

وفي هذا الطور لم يتحقق له التمييز وبالتالي لم يوجد له الرضا، ولا غيره من الكيفيات النفسانية التي تتم عن القصد والإرادة[2].

المرحلة الثالثة: طور التمييز إلى البلوغ:

وحينما يصل الطفل إلى طور التمييز تتحقق له مرحلة أخرى من مراحل الأهلية وهي أهلية الآداء الناقصة بعد أن تثبت له أهلية الوجوب الكاملة[3]، وعندئذٍ يثبت للصبي نوع من الرضا لكنه ليس رضا كاملاً متنوراً بل رضا ينقصه النضج والخبرة، والتجربة وتترتب عليه آثار غير أنَّه يثور خلاف الفقهاء في قدرها ومداها توسيعاً وتضييقاً وتوسطاً.

فذهب الشافعية والظاهرية وأبو ثور[4] إلى عدم صحة تصرفات الصبي وإن كان مميزاً فقالوا: لا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته ولا سائر عقوده لا لنفسه، ولا لغيره سواء باع بغبن أو بغبطة وسواء كان ذلك بإذن الولي، أو بغير أذنه، وسواء بيع الاختبار ـ أي

---

(١) تيسير التحرير (٢/٢٥٣)؛ والمصادر السابقة.

(٢) تيسير التحرير (٢/٢٥٣)؛ والتلويح على التوضيح (٢/٣٢٣)؛ وفتح الغفار (٣/٨١)؛ والمصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) انظر: الأم للشافعي (٣/١٩١...)؛ ومختصر البويطي، مخطوطة الدار (٢٠٨ فقه شافعي طلعت) ص (٢٤٦)؛ وفتح العزيز شرح الوجيز (٨/١٠٥ ـ ١٠٧)؛ والمجموع (٥/١٥٥ ـ ١٥٨)؛ والروضة (٤/١٨٤ ـ ٥/٣٦٧)؛ والغاية القصوى (١/٥١٣، ٢/٦٩٧)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٣/١١٢)؛ والمحلى لابن حزم الظاهري (٩/١٧٠..).

البيع الذي يمتحنه الولي ليستبين رشده[1] - أو غيره، ولكن تتم عملية ابتلاء الولي واختباره له بأن يفوض إليه عند مناهزة الاحتلام الاستلام وتدبير العقد حتى إذا ما انتهى الأمر إلى العقد قام به الولي على الأصح[2]. وكذلك لا يصح سائر تصرفاته القولية فلا يصح طلاقه ولا خلعه، ولا نكاحه بنفسه، ولكن في تدبيره ووصيته خلاف بين أصحاب الشافعي والأصح عندهم بطلانهما، وبعبارة موجزة أنَّ عبارة الصبي في التصرفات ملغاة على الإطلاق عندهـم سواء كان أذن له الولي أم لا، وسواء كان تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً أم ضاراً، لكن التصرف النافع له كالوقف عليه والهبة والصدقة، والوصية يجب على الوصي قبولها[3]. قال الرافعي والنووي: «قال أصحابنا: وكما لا يصح من الصبي تصرفاته القولية لا يصح قبضه في تلك التصرفات فلو اتهب له الولي شيئاً وقبله، ثمَّ قبضه الصبي بإذن الواهب لم يصح قبضه ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض، ولو وهب لأجنبي وأذن الموهوب له للصبي أن يقبضه له وأذن له الواهب في القبض فقبضه لم يصح بلا خلاف - أي داخل المذهب الشافعي - ولو قال مستحق الدين لمن هو عليه: سلم حقي إلى هذا الصبي فسلم قدر حقه إلى الصبي لم يبرأ من الدين بلا خلاف بل يكون ما سلمه باقياً على ملكه حتى لو ضاع فعلى الدافع، ولا ضمان على الصبي، لأنَّ الدافع ضيَّعه بتسليمه، ويبقى الدين على حاله»[4].

وذهب جمهور الفقهاء[5] إلى جواز تصرفات الصبي المميز وعقوده في الجملة وإن اختلفوا في بعض التفصيلات نظراً لبعض اعتبارات تعود إلى حالة الصبي، ونوعية التصرف الذي يقوم به من كونه نافعاً، أو ضاراً أو نحو ذلك ولذلك نورد رأي كل مذهب ثمَّ نذكر الأدلة مع المناقشة والترجيح.

---

(١) هذا هو ما عليه المذهب الشافعي، لكن حكى إمام الحرمين وجهاً عن الخراسانيين من أصحابه أنَّه يصح بيع الاختبار هذا. انظر: المجموع (٩/١٥٦).

(٢) وذهب وجه للشافعية إلى صحة بيع الاختيار منه. فتح العزيز (١٠/٢٨٤ - ٢٨٥).

(٣) المجموع (٩/١٥٥ - ١٥٦)؛ وفتح العزيز شرح الوجيز (٨/١٠٥ ٨ ١٠٧).

(٤) فتح العزيز (٨/١٠٧)؛ والمجموع (٩/١٥٧ - ١٥٨)؛ والروضة (٤/١٨٤)؛ والغاية القصوى (١/٥١٣، ٢/٦٩٧)؛ والمنثور في القواعد (٢/٢٨).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٧، ٩/٤٤٦٧)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣٠٦)؛ وكشف الأسرار (٤/١٣٧٣)؛ وفتح القدير (٧/٣١٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٩٤)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٤)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٢)؛ والروض المربع (٥/١٨١ - ١٨٢)؛ وكشاف القناع (٢/٢٠٦)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٤٩٩)؛ وروضة الناظر ص (٢٦)؛ ومختصر الطوخي ص (١٢).

فذهب الحنفية إلى تفصيل دقيق في تصرفات الصبي المميز القولية[1]، حيث قسموها إلى ثلاثة أقسام أجازوا تصرفه في بعضها ولم يجيزوه في بعضها الآخر، وذلك كالآتي:

أ - تصرفات قولية نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، والصدقة، والوصية، والانتفاع بالعارية، ونحو ذلك، فهذه التصرفات تصح من الصبي دون توقف على إجازة الولي، والوصي، لأنَّ الولاية والوصاية شرعتا في الإسلام لمصلحة الغير، ومنفعته والنظر له حتى لا يقع في الضرر نتيجة نقص فيه أو إضرار بمن له حق عليه فإذا ثبتت المصلحة بما لا مجال للشك فيها فقد تحقق الهدف والحكمة ثمَّ إنَّ هذه التصرفات لا مصلحة في إبطالها لذلك تصح منه دون الرجوع إلى الولي[2].

ب - تصرفات ضارة ضرراً محضاً مثل إنشاء الهبة والوقف وقبول الحوالة، والكفالة من غيره وكذا طلاقه، وإبراؤه، وإقراضه، وإعارته، ونحو ذلك مما يترتب عليه خروج شيء من ملك الصبي المميز دون مقابل أو الالتزام بما يؤدي إلى ذلك، فهذه التصرفات لا تصح منه مطلقاً، ولا تنعقد أصلاً، بل ولا يملك الولي أو الوصي تصحيحها أو إنشاءها عليه، قال الكاساني: «ولا تصح التصرفات الضارة المحضة بالإجماع»[3].

ج - التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع - من حيث هي - كالبيع والشراء والإجارة، والشركة والمزراعة والمساقاة، والنكاح، والرهن وتسليم شفعة ونحوها من العقود التي تحتمل الربح والخسارة والضرر والنفع من حيث طبيعتها وإن كان العقد الذي تولاه الصبي بالذات كان عقداً جالياً للمنفعة بالفعل. فهذه التصرفات إذا باشرها

---

(١) أما تصرفاته الفعلية فلا حجر عليها حيث يكون ضامناً على ما يترتب عليها. قال داماد أفندي في تعليل ذلك: «لأنَّ الحجر في الحكميات دون الحسيات، ونفوذ القول حكمي، ألا ترى أنَّه يرد ولا يقبل، والفعل حسي لا يمكن رده إذا وقع، فلا يتصور الحجر عليه».
انظر: مجمع الأنهر ملتقى الأبحر (٢/٤٣٧)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/١٤٣)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٦٨).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٧)؛ وكشف الأسرار (٤/١٣٧٣)؛ وفتح القدير (٧/٣١٠)؛ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/٤٣٧)؛ وحاشية رد المحتار على الدر المختار (٦/١٤٣، ١٧٣)؛ وفتاوي قاضي خان بهامش الفتاوي الهندية (٣/٦٣٩)؛ ولسان الحكام، ط. مصطفى الحلبي ص (٣١٤).

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٨).

الصبي المميز تنعقد وتصح، لوجود أصل العقل فيه، لكنها تكون موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، لنقص أهلية الأداء فيه، واحتمال وقوع الضرر فيها، فإذا أجازها انجبر ذلك النقصُ، وهذا الاحتمالُ فتكون نافذة، وإذا ألغاها تبطل، أما إذا لم يجزها ولم يلغها بل بقيت دون إجازة أو رفض حتى إذا بلغ الصبي المميز كان مخيراً بين إمضائها، أو ردها[1].

هذا إذا لم يكن الصبي المميز مأذوناً له بالتجارة، أما إذا كان مأذوناً كان له أن يباشر التصرفات الدائرة بين النفعَ والضرر بنفسه، وتكون صحيحة ونافذة دون حاجة إلى الرجوع إلى الولي، أو الوصي لأخذ الإجازة مرة أخرى، لأنَّ الإذن له بالتجارة قد أزال الحجر عليه بالنسبة لهذا النوع من التصرفات[2]، ولا خلاف بين فقهاء الحنفية في نفاذ تصرفاته إذا كانت بربح أو بمثل القيمة أو بغبن يسير، غير أنَّ الخلاف بينهم إذا كانت بغبن فاحش فذهب أبو حنيفة إلى صحتها ونفاذها، لأنَّ قصور رأيه قد انجبر بإذن الولي له بالتجارة، وأن إذنه قد ألحقه بالبالغ فيها، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى عدم صحتها، لأنَّ الغبن الفاحش بمنزلة التبرع وهو ليس أهلًا له ويؤكده أنَّ الولي لا يملك مثل هذا التصرف بنفسه فكيف يؤثر إذنه في إجازته، ولا سيما أنَّ إذنه لمنفعته لا للإضرار به[3]. هذا إذا عقد في مال نفسه أما إذا كان في مال غيره ووكل فيه فقد صح عقده ونفذ، قال الكاساني: «لو توكل ـ أي الصبي المميز ـ عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه»[4].

وذهب المالكية إلى أنَّ تصرفات الصبي المميز صحيحة وموقوفة على إجازة الولي، لكنها إن تعينت المصلحة في إجازتها تعين على الولي أن يجيزها، وإن تعينت المفسدة في ردها يجب عليه ردها، وإن استوت المصلحة في الإجازة والرد يكون

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٧، ٩/٤٤٦٧)؛ وفتح القدير (٧/٣١٠)؛ وحاشية ابن عابدين (٦/١٥٤).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٩).

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٧)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٢/٦١-٦٢)؛ وكشف الأسرار (٤/١٣٧٣)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/٢٣٨ ـ ٢٥٨)؛ والمغني في أصول الفقه للخبازي ص (٣٦٥)؛ وأصول السرخسي، تحقيق أبي الوفا الأفغاني (٢/٢٤٠)؛ وحاشية الأزميري على مرآة الأصول لمنلا خسرو (٢/٤٣٥).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٧)، والمصادر السابقة.

بالخيار إن شاء أجازها، وإن شاء ردها[1]، فعلى هذا فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً مثل قبول الهبة، والوقف، والوصية، ونحوها إن قبلها الصبي المميز يجب على الولي أن يجيزها، وليس له ردها، والتصرفات الضارة مثل إنشاء الهبة، والوقف يجب على الولي أن يردها، وأمَّا التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع وغيره من المعارضات المالية فإذا قام بها الصبي المميز بغير إذن وليه وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ـ أي بأن كان البيع ـ مثلاً ـ بالقيمة ـ ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بدَّ له منه واستوت المصلحة في إجازتها وردها كان للولي، أو الوصي إذا اطَّلع عليها الخيار بين ردها أو إجازتها، وإن لم يطلع عليها، أو علم وسكت أو كان مهملاً لا ولي له ثمَّ بلغ الصبي وخرج من الحجر فإنَّ النظر في ذلك له لا للولي فإن شاء ردَّه، وإن شاء أمضاه، هذا هو المشهور في مذهب مالك، ولا فرق في ذلك بين كون المبيع عقاراً أو غيره، سواء كان عنده عقار آخر أم لا[2]. قال الدسوقي: «إذا باع اليتيم دون إذن وصيه، أو صغير بدون إذن أبيه شيئاً من عقاره أو أصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بدَّ له منها، وكان لا شيء له غير الذي باع، أو كان له غيره، ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله فاختلف فيه على ثلاثة أقوال: ـ

أحدها: أنَّ البيع يرد على كل حالة، ولا يتبع بشيء من الثمن، لأنَّ ذلك المشتري سلطه على إتلافه وهو قول ابن القاسم وهو أضعف الأقوال.

القول الثاني: يرد البيع إن رأى الولي أنَّ الرد هو الوجه والمصلحة ولا يبطل الثمن عن اليتيم، ويؤخذ من ماله الذي صونه بذلك الثمن، فإن ذهب ذلك المال الموجود المصون، وتجدد له مال غيره فلا يتبع الثمن فيه وهو قول إصبغ.

القول الثالث: إنَّ البيع يمضي ولا يرد فإن كان قد باع بأقل من الثمن، أو باع ما غيره أحق بالبيع منه في نفقته فلا يختلف في أنَّ البيع يرد ولا يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله أياه قيماً لا بدَّ له منه»[3].

كما أعطى المالكية الحق للصبي المميز في رد تصرفاته ـ إن بلغ حد الرشد ولم

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٤)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٤)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٢٨)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٢٩١..)؛ وبلغة السالك على الشرح الصغير، ط. عيسى الحلبي (٢/٦٣٢).

(٢) شرح الخرشي (٥/٢٩٣)، والمصادر السابقة.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٤)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٢ ـ ٢٨٤).

يجزها الولي ولم يرفضها ـ على الراجح في المذهب وذهب ابن سلمون وابن عتاب إلى أنَّ الصبي إذا تصرف تصرفاً قولياً ولم يعلم به الولي حتى رشد فلا يبقى له الحق في رده[1]. كما اختلفوا فيما لو علم الولي بتصرفه لكنه سكت؟ فذهب العلامة أبو البركات الدردير إلى أنَّ الصبي يبقى له الحق في ردها، وذلك لأنَّ سكوت الولي هنا لا يحمل على الرضا في حين ذهب ابن الحاج وابن عتاب وابن رشد إلى أنَّه يسقط حقه، لأنَّ سكوت الولي مع علمه إمضاء له[2].

ثمَّ إنَّ التصرفات التي يبقى للصبي الحق في ردها بعد البلوغ بعد تحقق الشروط السابقة هي التصرفات الضارة التي يجب على الولي ردها، والتصرفات التي يجوز له ردها أو رفضها كالمعاوضات المالية التي تستوي فيها المصلحة في الرد والإجازة، ولا يسقط حقه في كون العقد الذي أنشأه من قبل نافعاً ليس في ضرر هذا هو الراجح في المذهب، غير أنَّ ابن رشد[3] قد أفاد بأنَّ الصبي المميز إذا رشد إنما يكون له الرد إذا تغير حال المعقود عليه بزيادة فيما باعه، أو نقص فيما اشتراه، فإن استمر فلا رد، قال الدردير: والتحقيق الإطلاق[4]. كما أجاز المالكية للصبي المميز التصرف في الشيء اليسير الذي يحتاج إليه دون توقف على إذن الولي[5].

وذهب الحنابلة إلى أنَّ عقود الصبي المميز وتصرفاته إنما تصح إذا أذن له الولي، أما قبل الإذن فلا تصح[6]، لكن يجوز للولي أن يأذن له في جميع أنواع التجارة على المذهب[7]، وإذا أذن له بها لم يجز له أن يؤجر نفسه، ولا أن يتوكل

(١) وأمَّا المهمل ـ أي الصبي المميز الذي لا ولي له ـ فإنَّ المشهور أنَّ أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم مطلقاً. أمَّا ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع فإن كان رشداً جاز وإلَّا رده. انظر: بداية المجتهد (٢/٢٨٢).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٤)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٢).

(٣) نقلاً عن الدردير في شرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٩٥). وراجع بداية المجتهد (٢/٢٨٢ ـ ٢٨٣).

(٤) الشرح الكبير (٣/٢٩٥).

(٥) المصادر السابقة.

(٦) الإنصاف للمرداوي (٥/٣١٨)؛ وحاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع (٥/١٨١ ـ ١٨٢)؛ المغني لابن قدامة (٤/٥٠٦، ٥٢١، ٥٢٦)؛ والقواعد لابن رجب ص (١٣٦)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٤٩٩ ـ ٥٠٠).

(٧) ونقل عن أحمد رواية بعدم جواز الإذن له. انظر الإنصاف (٥/٢٤٢).

لغيره، ولا أن يوكل غيره على المشهور وقال في الكافي: هو كالوكيل[1]. ثمَّ إنَّما يأذن له الولي فيما فيه النفع، كما أنَّه لا يتصرف إلَّا بالأنفع، لقوله تعالى: ﴿ولا تَقْرَبُوا مالَ اليتيم إلَّا بالتي هيَ أحسَنُ﴾[2]. هـذا وقد أجاز الحنابلة للصبي المميز بيعه وشراءه في الشيء اليسير بدونْ إذن الولي، لأنَّ الحكمة في الحجر هي الحفاظ على أمواله، وعدم ضياعها، والشيء اليسير لا يؤدي إلى ذلك[3].

أدلة الفريقين:

استدلَّ الشافعية ومن معهم بالكتاب والسنة والقياس.

أولاً: الكتاب كقوله تعالى: ﴿وابتَلُوا اليتَامَى حتَّى إذا بلغُوا النِّكَاح، فإنْ آنستُم منهُم رشداً فادفعُوا إليهم أموالهم﴾[4]. قال الشافعي: «فدلت الآية على أنَّ الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ، والرشد»[5].

وقوله تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السُفَهَاء أموالَكُم. . .﴾[6]. وقد فسر ابن عباس السفيه بالصبي والضعيف في العقل، وفسره ابن جبير: باليتيم[7].

ثانياً: السنة المشرفة كقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستقيظ، وعن الصبي حتى يحتلم ـ وفي رواية: «حتى يكبر»، وفي رواية ثالثة: «حتى شب» ـ وعن المجنون حتى يعقل ـ وفي رواية الترمذي وعن المعتوه ـ . . »[8].

---

(١) الإنصاف (٥/٣٤٥).

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

(٣) كشاف القناع (٢/٢٠٦).

(٤) سورة النساء: الآية ٦. وراجع تفسير القرطبي (٥/٣٣)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١/٣١٩).

(٥) أحكام القرآن للشافعي (١/١٣٨)؛ وأحكام القرآن لالكيا الهراس، ط. دار الكتب الحديثة (٢/١١٣).

(٦) سورة النساء: الآية ٥. وراجع أحكام القرآن لالكيا الهراس (٢/١٠٩).

(٧) انظر: أحكام القرآن للشافعي (٢/١٨٤)؛ وأحكام القرآن لالكيا (٢/١١٠)؛ وتفسير القرطبي (٥/٢٧)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٩/٢٤٩)؛ وتفسير الفخر (٣/١٤٢).

(٨) الحديث رواه الترمذي، وأبو داود وابن ماجه، والنسائي والحاكم وابن حبان، وأحمد. قال الترمذي: حديث حسن والعمل عليه عند أهل العلم، وقال السيوطي: حديث صحيح، وقد رواه البخاري تعليقاً.

انظر: سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي، كتاب الحدود (٤/٦٨٥)؛ وسنن أبي داود مع العون، =

وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنَّه يدل على رفع القلم عن الصبي بالتكليف أي رفع عنه التكليف، إذن فإذا عقد عقداً فهو غير ملزم شرعاً بتنفيذ التزاماته، لأنَّ الإلزام إنما يأتي من إلتكليف، وهو غير مكلف فيكون غير ملزم بتنفيذ التزاماته، ومبني العقود على وجوب الوفاء قال الله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا أوْفُوا بالعقود. . .﴾[1]. وبعبارة أخرى أنَّ قوة إلزامية العقد مستمدة من هذه الآية التي تخاطب المؤمنين البالغين وهي لا تشمل الصبي لأنَّه غير مخاطب، وبالتالي لا يكون ملزماً، وإذا لم يكن ملزماً لم يتم العقد[2]. قال النووي: «وجه الدلالة ـ من هذا الحديث ـ أنَّه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي، وقد صرح الحديث بأنَّ الصبي لا يجب عليه شيء، وقيل: إنَّ مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله»[3].

ثالثاً ـ القياس وذلك من وجهين:

الوجه الأول: قياس الصبي على المجنون والنائم في عدم الاعتداد بأقوالهم بجامع الضعف في العقل وقد قوي هذا حيث جمعهم الرسول ﷺ في كون القلم مرفوعاً عنهم في الحديث السابق.

الوجه الثاني: قياس عقود الصبي على حفظ المال، فكما أنَّه لا يدفع إليه أمواله إلَّا بعد البلوغ والرشد فكذلك لا يعتد بأقواله. قال الشيرازي: «.. ولأنَّه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال»[4].

واستدل الجمهور على الاعتداد بأقوال الصبي، وصحة عقوده بإذن الولي ـ على التفصيل السابق بينهم ـ بقوله تعالى: ﴿وابتَلُوا اليَتامى حتَّى إذا بلَغُوا النِّكاح. .﴾[5]

= كتاب الحدود (٧٢/١٢)؛ وابن ماجه (٦٥٨/١)؛ والمستدرك (٣٨٩/٤)؛ ومسند أحمد (١٠٠/٦)؛ وفيض القدير (٣٥/٤).

وراجع: صحيح البخاري مع فتح الباري، كتاب الطلاق (٣٨٨/٩). وكتاب الحدود (١٢٠/١٢)؛ والمحلى لابن حزم (١٧١/٩).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وهذا دليل قوي على مدى قوَّة الصبغة الدينية على المعاملات عند الشافعية حيث من لم يكن أهلاً للعبادة لم يكن أهلاً للمعاملة.

(٣) المجموع (١٥٦/٩)؛ وراجع المحلى لابن حزم (١٧١/٩).

(٤) المهذب (٢٥٧/١).

(٥) سورة النساء: الآية ٦. وراجع تفسير القرطبي (٣٣/٥ ـ ٤٠)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٣٢٠/١)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٤٧/٢).

فقد أمر الله تعالى أولياء الأمور باختبار الصبي قبل بلوغ الحلم والرشد، وذلك بتدريبه على ممارسة البيوع والتجارات، إلى أن يتحسسوا منه الرشد وكمال العقل والصلاح في تدبير أموره فحينئذٍ يرفع عنه الحجر، فلو لم يكن للصبي أن يباشر البيع لما حصل لوليه الإحساس بأنَّه صالح للتعاقد. قال الكاساني: «فكان الإذن بالإبتلاء إذناً بالتجارة»(١). قال ابن العربي والقرطبي: «فإذا توسم الولي منه الخير يدفع إليه شيئاً من ماله يبيح له التصرف فيه، فإن نماه وحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار»(٢). وقال ابن قدامة: «واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء فإذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد»(٣).

المناقشة:

ويمكن أن نناقش أدلة الشافعية ومن معهم بالآتي:

أولاً: إنَّ الآيتين اللتين أوردوهما لا تدلان على الدعوى فالآية الأولى تدل على أنَّ دفع الأموال إلى اليتامى لا يجوز إلَّا بعد البلوغ والرشد، والثانية تدل على النهي من إعطاء السفيه أمواله، إذن فكلتاهما في منع دفع الأموال إليهم إلَّا بعد تحقق الرشد والبلوغ، وهذا ليس محل النزاع لأنَّ الجمهور متفقون معهم على أنَّه لا يدفع إليه أمواله على سبيل الحفظ والرعاية، وإنَّما يدفع إليه جزء يسير على سبيل الاختبار والامتحان. ولو سلمنا أنَّ الآية عامة في منع دفع أي مال إليه فلا تدل على عدم صحة تصرفاته القولية أو انعقادها إذا أذن له الولي، وذلك لوجود التمييز وأصل العقل عنده. كما أن تصرفه حينئذٍ يعود إلى الولي حقيقة.

وأما الحديث فهو في رفع القلم عنه بالإثم فلا يدل بمنطوقه على عدم انعقاد عقوده إن أذن له الولي.

وأما قياس الصبي على المجنون والنائم فقياس مع الفارق لأنَّهما ليس لهما الوعى والتمييز والإدراك وقت الجنون والنوم فكيف يقاس فاقد الوعي والتمييز على واجدهما؟! وأما قياس عقود الصبي على حفظ المال فقياس مع الفارق لأنَّ حفظ المال يحتاج إلى عقل كامل وخبرة، وقدرة على الحفظ وهو ليس عنده ذلك ثمَّ إنَّه لو دفع إليه أمواله لربما أضاعها نتيجة لعدم خبرته في حين أنَّ التصرف بإذن الولي لا يترتب عليه الضياع

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٦).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢٠)؛ وتفسير القرطبي (٥/٣٤).

(٣) المغني (٤/٥١٧).

لأنَّه في حدود الإذن الممنوح له من قبل الولي، ومقيد بأن لا يكون فيه ضرر أو غبن فاحش.

هذا وقد ناقش الشافعية أدلة الجمهور من وجهين:

الوجه الأول: أنَّ الاختبار لا يعني القول بانعقاد تصرفه وعقوده، بل المراد به أن يفسح المجال له لـمباشره مقدمات العقد فيبدأ بالمساومة والعرض والطلب إلى أن ينتهي إلى العقد فيباشره عنه وليه قال الكيا الهراس: «فدلت الآية على أنَّ الابتلاء قبل البلوغ لا بدفع المال إليه، ولا بأن يبقى بعقله ورأيه حتى يزعم كونه رشيداً... بل دلَّ على أنَّ الابتلاء قبل البلوغ في أمر الدين والدنيا بأن يربيه على الخيرات والطاعات ويندبه إلى المراشد، وتأمل التصرفات والتجارات حتى يكون نشؤه على الخيرات، فإذا بلغ النكاح نفعه ما تقدم من التدريب، ويحصل به إيناس الرشد..»[1].

الوجه الثاني: أنَّ المراد بهذا الابتلاء الذي يدفع إليه فيه جزء من المال للتصرفات هو الابتلاء بعد البلوغ مباشرة وذلك إذا تمَّ للصبي البلوغ يدفع إليه جزء من ماله للتصرفات فإن أونس منه الرشد دفع إليه جميع أمواله. وعلى هذا يكون الابتلاء على مرحلتين: مرحلة الابتلاء قبل البلوغ وذلك بممارسة مقدمات العقود ومرحلة ما بعد البلوغ مباشرة لاستئناس الرشد وذلك بدفع جزء من المال إليه للتصرف.

ويمكن أن يرد الوجه الأول من مناقشة الشافعية للجمهور بأنَّ الآية عامة في مطلق الاختبار دون تقيده بمقدمات العقد لذلك فالتقييد بها تقييد بلا دليل، وأمَّا الوجه الثاني فمردود بأن الآية الكريمة قد أمرت بالاختبار قبل البلوغ كما هو الظاهر من نص الآية: ﴿وابتَلُوا اليتَامى حتَّى إذا بَلغُوا النِّكاح﴾[2]، فيبدأ الاختبار قبل البلوغ وينتهي به مع تحقق الرشد فيظل الاختبار سارياً إلى أن يتحقق، وقد لا يتأخر كما إذا تحقق الرشد مع البلوغ أو قبله ثمّ إنَّ هذا الوجه اعترف بدفع الأموال إلى الصبي قبل تحقق الشرط الثاني لدفع الأموال وهو تحقق الرشد وهم لا يقولون بذلك لأنَّ الآية نصت على أنَّه لا يدفع إليه أمواله إلاَّ بعد تحقق الرشد.

تحرير محل النزاع والترجيح

لا يخفى أن الفريقين متفقان على أنَّ الصبي لا تعطى إليه أمواله للحفظ والرعاية، كما أنَّ الجمهور متفقون مع الشافعية في أنَّ الصبي لا يملك بنفسه إنشاء

(١) أحكام القرآن لإلكيا (٢/١١٣ ـ ١١٤).

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

العقود إلاَّ عند بعضهم لضرورة قصوى، وإنَّما الخلاف في عقود الصبي المميز إذا أذن له الولي بها، أو أجازها، والذي يظهر لنا رجحانه هو مذهب الجمهور القائل بصحة عقود الصبي المميز التي لم يقع فيها غبن فاحش إذا أذن له بها الولي أو أجازها وذلك لأنَّ أدلة الشافعية لم تنهض حجة على عدم صحة عقوده إذا أجازها الولي، كما أنَّ مناقشة الشافعية لدليل الجمهور لم تستطع أن تنال منه، أو تدك بنيانه بل بقي سليماً، ثمَّ إنَّ الصبي المميز عنده من الوعي والتمييز ما يدرك به الضرر من النفع، فإذا كان قد غاب عنه شيء فإنَّ رقابة الولي عليه تحول دون إقرار ما هو الضرر، كما أنَّ النقص الموجود ينجبر بتوقف العقد على إذن الولي، فإذا أذن له فكأنَّ الولي قد قام به، ولا سيما إذا لاحظنا أنَّ فترة التمييز تمتد من السن السابعة إلى السن الخامسة عشرة أو الثامنة عشرة عند بعض. فالصبي الذي عاش في بيئة التعامل والتجارة وبلغ عمره أربع عشرة سنة أو أكثر لكن لم يصل إلى البلوغ يدرك تماماً القضايا التجارية، فليس من مصلحته أن يمنع من التعامل وإنشاء العقود منعاً باتاً، ولا يصح أن تطلق يده بدون رقابة ولا رعاية، لذلك لاحظ الشارع ذلك وقرر الحل الوسط وهو صحة عقوده إذا ما أذن له الولي أو أجازها وحتى قيد جواز الإذن بعقود فيها نفع لا العقود التي فيها ضرر بيِّن، لأنَّه قد تسنح للصبي المميز بعض الفرص لإنشاء عقود نافعة نفعاً ظاهراً فإذا لم نعط له حق إنشاء العقد تضيع عليه هذه الفرص، ثمَّ من خلال توقف عقوده على إذن الولي أو الوصي نتدارك الضرر. ثمَّ إنَّ في ذلك تنمية لمواهب الصبي المميز وقدراته وتدريباً على الخوض في التعاقد والتجارات ثمَّ إنَّه لا يلزم من رفع القلم عن الصبي بالإثم عدم صحة عقوده بإذن الولي، قال الشوكاني: «وارتفاع اليتم لا يستلزم البلوغ الذي هو مناط التكليف، لأنَّ اليتم يرتفع عن إدراك الصبي لمصالح دنياه، والتكليف إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته»(١).

ومن جهة أخرى لا يستلزم رفع الإثم عنه عدم الاعتداد بتصرفاته مطلقاً، فالصبي إذا أتلف شيئاً يترتب عليه ضمانه ويتولى عنه وليه وأيضاً أنَّ هناك آثاراً عن السلف الصالح تدل على أنَّهم كانوا يصححون بعض عقود الصبي المميز فقد روى الدارمي بسنده أنَّ عمر بن الخطاب أجاز وصية سليم الغساني وهو ابن عشر سنين(٢) وروى أن

---

(١) نيل الأوطار، ط. مكتبة الكليات الأزهرية (٦/٢٢١).

(٢) فقد روى بسنده عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أخبره أنَّ غلاماً بالمدينة حضره الموت، وورثته بالشام، وأنهم ذكروا لعمر أنَّه يموت فسألوه أن يوصى فأمره عمر أن يوصي فأوصى ببئر يقال =

عمر بن عبد العزيز أجاز وصية ابن ثلاث عشرة سنة[1]. وكذلك روى عن شريح أنّه أجاز وصية عباس بن إسماعيل ـ وهو صبي ـ لظئره ـ مرضعته ـ من أصل الحيرة[2]. وروى أيضاً بسنده عن أبي إسحاق قال: «أوصي غلام من الحي ابن سبع سنين فقال شريح إذا أصاب الغلام في وصيته جازت»[3]. وقال شريح أيضاً: «إذا اتّقى الصبي الركية ـ أي البئر أي إذا ميز بين النفع والضرر ـ جازت وصيته»[4]. كما روى بسنده عن إبراهيم النخعي أنّه قال: «يجوز وصية الصبي في ماله في الثلث فما دونه، وإنّما يمنعه وليه في الصحة رهبة الفاقة عليه، فأما عند الموت فليس له أن يمنعه»[5]. فيفهم من هذا أنّ القضية في الولاية مصلحة الصبي، فحينما تتحقق المصلحة الدينية والدنيوية لا يمنعه الولي[6].

المرحلة الرابعة ـ طور البلوغ إلى الموت:

إذا بلغ الإنسان عاقلاً رشيداً فقد تمت له أهلية الأداء الكاملة، وأصبح مكلفاً وأهلاً لتوجيه الخطاب الشرعي إليه، وبالتالي أصبح رضاه تاماً وكاملاً، وعقوده وتصرفاته صحيحة نافذة بدون إذن أحد إن لم يكن هناك مانع آخر، وتستمر معه هذه الأهلية إلى الموت، بل ذهب فريق من الفقهاء إلى أنّ الذمة تبقى بعد موت صاحبها إلى أن يؤدي عنه القيم أو غيره جميع الحقوق والالتزامات التي وجبت عليه حالة حياته[7]. وهذا ما تؤيده الأحاديث الصحيحة منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما

= لها بئر جشم، وأنّ أهلها باعوها بثلاثين ألفاً، قال أبو بكر: كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة. كما روى عن قبيصة بسنده عن أبي بكر أنّ سليماً الغساني مات وهو ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر له قيمتها ثلاثون ألفاً، فأجازها عمر بن الخطاب.

انظر: سنن الدارمي، ط. ار المحاسن بالقاهرة ١٩٦٦ (٢/٣٠٥ ـ ٣٠٦).

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥): سنن الدارمي (٢/٣٠٥ ـ ٣٠٦).

(٦) وقد ذكر ابن حزم في المحلى (١٠/٦١٤ ـ ٦١٥) آثاراً عن بعض السلف بقبولها شهادة الصبيان مطلقاً أو بعضهم على بعض، فقال: فصح عن ابن الزبير أنّه أجاز شهادتهم قال ابن مليكة: فأخذ القضاة بقول ابن الزبير كما روي عن علي وعن ابن الزناد. وقال: السنة أن يؤخذ شهادة الصبيان بعضهم على بعض، وعن عمر بن عبد العزيز وربيعة وشريح وأبي بكر بن حزم وعطاء والحسن وإبراهيم النخعي وغيرهم. فهذا يدل على عدم إلغاء أقوالهم مطلقاً.

(٧) انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/٤١٩)؛ والبحر الرائق (٦/٣٥٣)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/٣١٢)؛ وقوانين الأحكام الفقهية ص (٢٧٨)؛ وبداية المجتهد (٢/٣٠٠)؛ والغاية القصوى (١/٥٢٩)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٦٠٨)؛ ونيل الأوطار (٦/٤٠٤)؛ والقواعد لابن رجب ص (٣٤٨).

بسندهم أنَّ رسول الله ﷺ كان يؤتي بالرجل الميت، عليه الدين فيسأل: «هل ترك لدينه من قضاء؟» فإن حدث أنَّه ترك وفاء صلى عليه، وإلاَّ قال: «صلوا على صاحبكم»، فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فعليَّ قضاؤه ومن ترك مالاً فهو لورثته»[1]. وروى البخاري وغيره أنَّ النبي ﷺ أتى بجنازة ليصلي عليها، فقال: «هل عليه دين؟» قالوا: لا، فصلى عليه ثمَّ أتى بجنازة أخرى فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم. قال: «فصلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول الله. فصلى عليه[2]. ورووا أنَّه ﷺ حضر جنازة فقال: «هل عليه دين؟ فقالوا: نعم ثلاثة دنانير... فقال أبو قتادة: وعليَّ دينه»[3]. قال الحافظ ابن حجر: «واستدل به على جواز ضمان ما على الميت من دين ولم يترك وفاء، وهو قول الجمهور خلافاً لأبي حنيفة»[4].

فهذه الأحاديث الصحيحة تدل بكل صراحة ووضوح على أنَّ مسؤولية الإنسان عما التزم به حال حياته لا تنتهي بالموت بل ستظل ذمته مشغولة به إلى أن يؤدي عنه. فقد روى الحاكم في المستدرك من حديث جابر في قصة الميت الذي كان عليه ديناران فتكفلهما أبو قتادة أنَّ رسول الله ﷺ قال له: «هما عليك وفي مالك، والميت منهما بريء؟» قال: نعم فصلى عليه فجعل رسول الله ﷺ إذا لقي أبا قتادة يقول: «ما صنعت الديناران؟» حتى كان آخر ذلك أن قال: قد قضيتهما يا رسول الله. قال: «الآن حين

---

(١) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الكفالة (٤/٤٧٧)؛ ومسلم، كتاب الفرائض (١٢٣٧/٣)؛ ومسند أحمد (٢/٢٩٠)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٦/٧٢). وراجع: تلخيص الحبير (٣/٤٨)؛ ونيل الأوطار (٦/٤٠٤).
قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤/٤٧٨): «قال العلماء: كأنَّ الذي فعله ﷺ من ترك الصلاة على من عليه دين ليحرض الناس على قضاء الديون في حياتهم، والتوصل إلى البراءة منها ... وقد ذكر بعض الفقهاء أنَّ عدم صلاته كان خاصاً بمن كان قد استدان لأمر غير جائز، أو كان مقصراً في عدم أدائه في حال حياته، وقد استدلوا بحديث ابن عباس أنَّ النبي ﷺ لما امتنع عن الصلاة على من عليه دين جاءه جبريل فقال: «... فأما المتعفف ذو العيال فأنا ضامن له أؤدي عنه» فصلى عليه النبي ﷺ. قال الحازمي في هذا الحديث: لا بأس به في المتابعات».

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الكفالة (٤/٤٧٤).

(٣) انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٤/٤٢٢)؛ ومسند أحمد (٢/٢٩٠)؛ والسنن الكبرى (٦/٧٢).

(٤) فتح الباري (٤/٤٧٤).

بردت عليه جلده»[1]. وفي حادثة أخرى قال ﷺ لعليٍّ وهو قد تحمل عن الميت الدين: «جزاك الله خيراً وفك الله رهانك»[2].

ثمَّ لنا أن نتساءل ما هو المعيار الصحيح للبلوغ والرشد اللذين هما مناط أهلية الأداء الكاملة والرضا التام؟.

فبخصوص البلوغ قال الفقهاء هو ما يتم فيه الصبي قواه العقلية غير أنَّ هذا أمر باطني لا يمكن الاطلاع عليه ثمَّ الحكم عليه بالتمام أو النقصان ولذلك قدروا له معياراً محسوساً يسهل الاعتماد عليه مثل السن، وبلوغ الاحتلام - أي خروج المني - سواء كان يقظة، أو في المنام للذكر والأنثى، وكالحيض والحمل للأنثى قال القرطبي: لم يختلف العلماء في هذه الأمور»[3]. وقد اختلف الفقهاء في إثبات بعض علامات أخرى كإنبات العانة شعراً خشناً[4] ونحو ذلك[5] كما اختلفوا في تحديد السن التي يبلغ فيها الإنسان فذهب الجمهور: الشافعية والحنابلة والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وأبو حنيفة في رواية إلى تقدير سن البلوغ بخمس عشرة سنة للذكر والأنثى.

---

(١) المستدرك للحاكم (٢/)، وراجع فتح الباري (٤/٤٦٨).

(٢) سنن الدارقطني (٣/٤٧)، وراجع فتح الباري (٤/٤٦٨).

(٣) تفسير القرطبي (٥/٣٥)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢٠). ويبدو أنَّ القرطبي لم يطلع على رأي داود الظاهري الآتي، أو لم يعبأ به. وراجع المغني لابن قدامة (٤/٥٠٩).

(٤) اختلف الفقهاء في ذلك فذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبار شعر العانة الخشن علامة للبلوغ مطلقاً. والشافعية إلى اعتباره بالنسبة لأولاد الكفرة مستشهدين بحديث عطية القرظي حيث اعتبر الرسول ﷺ بهذه العلامة كحد فاصل بين البالغ وغيره، وهذا الحديث صحيح رواه أصحاب السنن والحاكم. وأمَّا الحنفية فلم يعتدوا به مطلقاً.

انظر الحديث في سنن الترمذي مع التحفة، وقال: حديث صحيح (٥/٢٠٨)؛ والنسائي (٦/١٢٧)؛ وسنن أبي داود مع العون (١٢/٧٩)؛ وابن ماجه (٢/٨٤٩)؛ والدرامي (٢/١٤٢)؛ ومسند أحمد (٤/٣١٠، ٣٤١، ٥/٣١٢).

وراجع الأقوال الفقهية في: فتح القدير (٧/٣٢٣)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٣)؛ والروضة (٤/١٧٨)؛ والغاية القصوى (١/٥١٣ - ٥١٤)؛ وحاشية الروض المربع على شرح زاد المستقنع (٥/١٨٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥٠٩).

(٥) مثل نتن الإبط وغلظ الصوت وفرق الأنف حيث اعتبرها المالكية، ووجه للشافعية من علامات البلوغ خلافاً لغيرهم من الأئمة. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٣)، والمصادر الفقهية السابقة.

وبه قال ابن وهب وأصبغ وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة، واختاره من المالكية ابن العربي وغيره[1].

وذهب أبو حنيفة إلى تقدير سن البلوغ بثماني عشرة سنة للذكر وفي رواية أخرى بتسع عشرة سنة له، وبسبع عشرة سنة للأنثى[2] وذهب المالكية إلى تقديرها بثماني عشرة سنة للذكر والأنثى[3]، وذهب بعض الفقهاء إلى تقديرها بإثنتين وعشرين سنة، ونقل عن عمر أنَّه قدرها بخمس وعشرين سنة[4]. وذهب داود الظاهري إلى أنَّه لا حد للبلوغ بالسن وإن بلغ أربعين سنة بل العبرة بخروج المني للرجل والمرأة، وبالحيض للمرأة لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة. . .، وعن الصبي حتى يحتلم. . .»[5]. فقد حدد رفع القلم وعدم تكليفه بعدم الاحتلام فإثبات البلوغ بالسن يخالف الخبر[6].

ولا نريد الخوض في تفاصيل هذه المسألة غير أنَّ ما يعضده الدليل هو قول الجمهور في تحديد سن البلوغ مطلقاً بخمس عشرة سنة فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما وغيرهما عن ابن عمر قال: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني»[7]. كما رووا عن نافع قال: «فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذٍ

---

(١) انظر في هذه الآراء وما يدور حولها: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٣٢٣/٧)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٥٣/٦)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٦٩/٩)؛ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٤٤/٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٩٣/٣)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٢٩١/٥)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٥)؛ وروضة الطالبين (١٧٨/٤)؛ وفتح العزيز للرافعي، بهامش المجموع (٢٧٧/١٠)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٣٠٠/٢)؛ والغاية القصوى (٥١٣/١ ـ ٥١٤)؛ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج (١٦٣/٥)؛ والمغني لابن قدامة (٥٠٨/٤)؛ وحاشية الروض المربع (١٨٣/٥)؛ والإنصاف (٣٢٠/٥). وراجع: أحكام القرآن لابن العربي (٣٢٠/١)؛ وأحكام القرآن للشافعي (٨٦/١)؛ وتفسير القرطبي (٣٥/٥).

(٢) انظر: تكملة فتح القدير (٣٢٣/٧)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٦٩/٩).

(٣) شرح الخرشي (١٩/٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢٩٣/٣).

(٤) ذكره العلامة أكمل الدين البابرتي في شرح العناية على الهداية (٣٢٣/٧).

(٥) سبق تخريج الحديث في ص (٢٨٠).

(٦) انظر قول داود في: المغني لابن قدامة (٥٠٩/٤)؛ وتفسير القرطبي (٣٥/٥).

(٧) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات (٢٧٦/٥)؛ ومسلم، كتاب الإمارة =

خليفة فحدثته هذا الحديث فقال إنَّ هذا لحد بين الصغير والكبير، فكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة، ومن كان دون ذلك فاجعلوه في العيال»(١).

ثمَّ لا يعني وصول الإنسان إلى هذه السن إعطاءه أمواله بل هناك شرط آخر بنص الآية الكريمة: ﴿وابتَلُوا اليَتامى حتَّى إذا بَلَغُوا النِّكاحَ فإنْ آنستُم منهم رشداً فادفَعُوا إليهم أموالَهُم﴾(٢). ولذلك لا خوف من خطورة تحديد هذه السن من حيث إنها مبكرة ربما تؤدي إلى إنفاق وتبذير في حالة ما إذا دفعنا إليه أمواله، لأنَّ ذلك يتلافى باشتراط تحقق الرشد واستئناسه منه(٣).

ثمَّ إذا كانت سن البلوغ قد حددت بهذا التقدير فإنَّ بقية العلامات الأخرى ـ كخروج المني، والحيض والحمل وغيرها معايير غير محددة حيث تختلف حسب الظروف الاجتماعية، والبيئية، والبنية، فقد يحتلم الصبي في وقت مبكر فيصبح بالغاً، وقد تحيض الصبية في السنة العاشرة أو أكثر أو أقل فتصبح بالغة(٤)، وقال الحسن بن صالح: أدركت جارة لنا جدة بنت إحدى وعشرين سنة(٥). وقال المغيرة: احتلمت وأنا ابن اثنتي عشرة سنة(٦).

وأمَّا الرشد فهو في اللغة بمعنى الاهتداء والصلاح وإصابة الصواب والاستقامة على طريق الحق، والرشيد هو الواعي الحسن التقدير فيما يفعل(٧). لكن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه ووضع معيار له فذهب الجمهور:

= (١٤٩٠/٣)؛ وسنن أبي داود مع العون (١٢/٧٩ ـ ٨١)؛ والنسائي (١٢٦/٦). وراجع تلخيص الحبير (٤٢/٣).

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات (٢٧٦/٥)؛ ومسلم، كتاب الإمارة (١٤٩٠/٣)؛ وسنن أبي داود مع العون (١٢/٧٩ ـ ٨١).

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

(٣) المصادر الفقهية السابقة، وراجع: مختصر البويطي، مخطوطة الدار برقم (٢٠٨ فقه شافعي طلعت) ص (٢٤٦ ـ ٢٤٧).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) ذكره البخاري تعليقاً. انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٢٧٦/٥)، قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٢٧٧/٥): «وقد ذكر الشافعي أيضاً أنَّه رأى جدة بنت إحدى وعشرين سنة، وأنها حاضت لاستكمال تسع، ووضعت بنتاً لاستكمال عشر، ووقع لبنتها مثل ذلك».

(٦) ذكره البخاري تعليقاً في صحيحه مع الفتح (٢٧٧/٥).

(٧) القاموس المحيط (١/٣٠٤ ـ ٣٠٥)؛ والمصباح المنير (٢٤٣/١).

الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] ووجه للشافعية اختاره ابن سريح[4] إلى أنَّ الرشد صلاح في المال أي الاهتداء في حفظ المال وإصلاحه، والقدرة على تدبير الأمور المالية واستغلال الأموال استغلالاً حسناً. وقد جمع هذا المعنى الإمام مالك بقوله: «الرشد تثمير المال، وإصلاحه فقط»[5] وذهب الشافعية[6] والظاهرية[7] إلى أن المراد بالرشد هو الصلاح في الدين والمال، وهذا ما اختاره ابن المنذر، وبه قال الحسن البصري[8]، قال الشافعي: «الرشد ـ والله أعلم ـ الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة، وإصلاح المال، وإنَّما يعرف إصلاح المال بأن يختبر اليتيم...»[9]. إذن فمعيار الرشد عندهم هو صلاح الدين، وإصلاح المال، والمراد بصلاح الدين أن لا يرتكب من المحرمات ما تسقط بها العدالة، وبإصلاح المال أن لا يكون مبذراً. قال الرافعي والنووي: «فمن التبذير تضييع المال بإلقائه في البحر، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها، وكذا الإنفاق في المحرمات»[10]. وقد استدلوا على ذلك بما رواه البيهقي عن ابن عباس أنَّه فسر «رشداً» في الآية الكريمة بالصلاح في الدين، والحفظ للأموال[11]، وروى مثله عن الحسن ومقاتل[12]. ولا شك أنَّ ابن

---

(١) تكملة فتح القدير مع شرح العناية (٣١٤/٧)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٦٧/٩)؛ ومجمع الأنهر (٤٤٤/٢).

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢٩٩/٣)؛ وشرح الخرشي (٢٩٤/٥)؛ وتفسير القرطبي (٣٧/٥)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٣٢٢/١).

(٣) المغني لابن قدامة (٥١٦/٤ ـ ٥١٧).

(٤) انظر الروضة للنووي (٢٨١/٤)؛ وفتح العزيز (٢٨٣/١٠).

(٥) بداية المجتهد (٢٨١/٢).

(٦) الأم (١٩١/٣)؛ وفتح العزيز (٢٨٣/١٠).

(٧) المحلى لابن حزم (١٨٣/٩).

(٨) المغني لابن قدامة (٥١٦/٤)؛ وتفسير القرطبي (٣٧/٥).

(٩) الأم (١٩١/٣ ـ ١٩٢)؛ وأحكام القرآن للشافعي (١٣٨/١)؛ ومختصر البويطي، مخطوطة الدار (ص ٢٤٦).

(١٠) فتح العزيز (٢٨٣/١٠)؛ وروضة الطالبين (١٨٠/٤).

(١١) روى البيهقي بسنده أنَّ ابن عباس قال في قوله تعالى: ﴿وابتَلُوا اليتَامى...﴾ الآية: «يقول الله تعالى: اختبروا اليتامى عند الحلم، فإن عرفتم منهم الرشد في حالهم والإصلاح في أموالهم فادفعوا إليهم أموالهم وأشهدوا عليهم» انظر السنن الكبرى (٥٩/٦).

(١٢) انظر السنن الكبرى (٥٩/٦).

عباس حجة في التفسير بل هو ترجمان القرآن. وقال ابن حزم: «فنظرنا في القرآن الذي هو المبين لنا ما ألزمنا الله تعالى إياه، فوجدناه كله ليس الرشد فيه إلَّا الدين، وخلاف الغي، لا المعرفة بكسب المال أصلاً قال تعالى: ﴿لا إكرَاه في الدِّينِ قد تبيَّنَ الرُّشدُ مِنَ الغَيِّ...﴾[1]... فصح أنَّ الرشد ليس هو كسب المال، ولا منعه من الحقوق ووجوه البر، بل هذا هو السفه، وإنَّما الرشد طاعة الله تعالى، وكسب المال من الوجوه التي لا تخالف الدين»[2]. فقد ربط الشافعي ومن معه التعامل بالدين والعدالة وقالوا: إنَّ الفاسق لا يوثق على دينه فكيف يؤتمن على ماله، ولذلك لا تقبل شهادته[3]. فنظرة الشافعي نظرة دينية، حيث جعل الأموال وسائل لخدمة مصالح الدين، فمن لم يكن له دين لا يشك في أنَّه يستغل ماله خدمة لشهواته المحرمة، وأهوائه الفاسدة، والمال نعمة[4] من الله تعالى لا يستحقها الفاسق، ولذلك يحرم من تداوله ويبقى تحت عناية الولي أو الوصي إلى أن تنصلح أحواله ويعود إلى رشده تاركاً غيَّه وفسقه.

وقد ردَّ الجمهور هذه الأدلة بأنَّه إذا كان قد روي عن ابن عباس تفسير الرشد بصلاح الدين، وإصلاح المال فإنَّه قد روى عنه بأنَّه قد فسَّره بالصلاح في الأموال فقط وكذلك روى عن أعلام المفسرين الأوائل بأنَّهم فسروه بصلاح المال فقط[5]، ويدعم هذا الاتجاه أن لفظ «رشد» في اللغة ليس من حقيقة معناه الصلاح في الدين[6] وليس هناك دليل في الشرع على أنَّه جعله مصطلحاً خاصاً به. والقرآن الكريم يخاطب العرب بلغتهم فيحمل الخطاب على أصل معناه اللغوي إلَّا أن يدل دليل على خلاف ذلك، ومن جهة ثانية إن لفظ «رشداً» نكرة في سياق الإثبات فيحمل على مطلق

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٥٦.

(٢) المحلى لابن حزم (١٨٤/٩ ـ ١٩٧).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) تشير سورة الضحى إلى كون المال من النعم العظيمة: ﴿أَلَم يَجِدكَ يتيماً فآوىَ * ووجدكَ ضالاً فهدَى *.. وأمَّا بنعمةِ ربِّكَ فحدِّث﴾.

(٥) قال القرطبي: «قال ابن عباس والسدي والثوري في تفسير «رشداً»: صلاحاً في العقل وحفظ الأموال».

وكذلك روي عن سعيد بن جبير والشعبي والضحاك، وقال مجاهد: «رشداً» يعني في العقل خاصة. انظر: تفسير القرطبي (٣٧/٥)؛ والمغني لابن قدامة (٥١٦/٤).

(٦) المصادر اللغوية السابقة.

الماهية، وأمَّا تفسير ابن حزم للرشد فهو تفسير للرشد في الدين والعقيدة بدليل أول الآية: ﴿لا إكرَاه في الدِّين قد تبيَنَ الرُّشدُ مِنَ الغَيِّ﴾[1]، أي قد تبين الحق من الباطل، وأما كلامنا ففي الرشد في المعاملات بدليل أننا نقر معاملات أهل الذمة فيما بينهم، وبيننا وبينهم في غير ما هو محرم علينا مع أنَّهم ليس لهم الرشد في الدين، وقد ردَّ ابن العربي على من ربط أداء المال بالعدالة فقال: «العيان يرد هذا، فإنَّا نشاهد المتهتك في المعاصي حافظاً لما له، فإن غرض الحفظين مختلف، أمَّا غرض الدين فخوف الله سبحانه، وأمَّا غرض الدنيا فخوف فوات الحوائج والمقاصد، وحرمان اللذات التي تنال به، ويخالف هذا الفاسق، فإن قبول الشهادة مرتبة، والفاسق محطوط المنزلة شرعاً»[2].

ومما يدعم اتجاه الجمهور واطراد مسلكهم وضعف اتجاه المخالفين أنَّ العدالة لا تعتبر في الرشد على الدوام حتى عند الشافعية فهم لم يشترطوا أيضاً دوام الرشد، فمن أعطى له المال ثمَّ فسق لا يسلب منه المال بالاتفاق[3].

فمعيار الرشد هو حفظ الأموال وإصلاحها، والمال وظيفة اجتماعية خطيرة يشترك في إدارته وتداوله الجميع، وأياً ما كان معنى الرشد فالفقهاء[4] متفقون على أنَّه لا يعرف إلّا بالاختبار لنص الآية: ﴿وابتَلُوا اليَتَامى﴾ وأنَّ نوعيته تختلف بحسب الظروف والأشخاص. قال ابن العربي: «يتأمل أخلاق يتيمه، ويستمع إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته، والمعرفة بالسعي في مصالحه، وضبط ماله، أو الإهمال لذلك، فإذا توسم الخير قال علماؤنا: لا بأس أن يدفع إليه شيئاً من ماله ويكون يسيراً، ويبيح له التصرف فيه، فإن نماه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار فليسلم إليه ماله جميعه، وإن أساء النظر فيه وجب عليه إمساك ماله»[5]. وقال الإمام الشافعي: «والاختبار يختلف بقدر حال المختبر، فإن كان من الرجال ممن يتبذل فيخالط الناس استدل بمخالطته الناس في الشراء والبيع قبل البلوغ وبعده حتى يعرف أنَّه يحب توفير ماله، والزيادة فيه، وأن لا يتلفه فيما لا يعود عليه نفعه وكان اختبار هذا قريباً، وإن كان مما يصان عن

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٥٦.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢٢).

(٣) قال النووي: «ولو عاد الفسق دون لتبذير لم يعد الحجر قطعاً». انظر روضة الطالبين (٤/١٨٢)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥١٧).

(٤) انظر: المصادر الفقهية السابقة.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢٠)؛ وتفسير القرطبي (٥/٣٤).

الأسواق كان اختباره أبعد قليلاً من اختبار الذي قبله ويدفع إلى المولى عليه نفقة شهر، فإن أحسن إنفاقها على نفسه، وأحسن شراء ما يحتاج إليه منها مع النفقة اختبر بشيء يدفع إليه، فإذا أونس منه توفير له وعقل يعرف به حسن النظر لنفسه في إبقاء ماله دفع إليه ماله، واختبار المرأة مع علم صلاحها بقلة مخالطتها في البيع والشراء أبعد من هذا قليلاً فتختبرها النساء، وذوو المحارم بها بمثل ما وصفنا. . .»[١].

فعلى ضوء القرآن الكريم والإجماع[٢] لا تعطى الأموال للصبي للحفظ والرعاية كاملة إلَّا بعد تحقق الأمرين البلوغ والرشد. وقد رأينا أنَّ الفقهاء قد حددوا للبلوغ سناً معينة غير أنَّهم لم يحددوا سناً معينة للرشد بل وضعوا له معياراً موضوعياً شخصياً ينظر فيه إلى الظروف والبيئة. . . وقد خالف في ذلك النخعي وأبو حنيفة وزفر حيث حددوا حداً أقصى للرشد وهو السن الخامسة والعشرون، فقد ذهبوا إلى أنَّ الصبي إذا بلغ ولم يتبين منه الرشد يبقى محجوراً عليه إلى أن تبلغ سنه خمساً وعشرين، فإذا بلغها وهو عاقل فلا حجر عليه[٣]، ولم يرد بهذا التحديد دليل يمكن أن ينهض حجة على دعواهم هذه[٤].

فالمعيار في الرشد هو صلاح في ماله بالقدرة على حفظه، ورعايته، وإدارته، وتنميته مع حسن القيام به عند الأكثرين أو مع صلاح الدين عند البعض، ولا شك أنه تؤخذ بنظر الاعتبار الظروف الاجتماعية للشخص، والبيئة، فكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة غير معقدة لم تتشعب فيها أبواب الرزق، ولم تختلف فيها طرق المعيشة. . . كلما كانت أمور تدبير المال وتداولها سهلاً سائغاً يستطيع الشخص القيام بها دون صعوبة كثيرة وعناء شديد، كما أنَّ طبيعة عمل الأسرة تشكل جزءاً ليس هيناً في عملية تسهيل تحقيق الرشد، أو تعقيده، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده في الخامسة عشرة من عمره، أو أن يتأخر عنها بل أن لا يتحقق له أبداً، فقد روى مسلم في صحيحه وأحمد والبيهقي: «أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله: متى ينقضي يُتْمُ اليتيم؟ فكتب إليه ابن عباس: . . . ولعمري أنَّ الرجل لتنبت لحيته، وأنَّه لضعيف

---

(١) الأم للشافعي (١٩٢/٣)؛ وأحكامُ القرآن للشافعي (٨٦/١، ١٤٠)؛ ومختصر البويطي، مخطوطة الدار ص (٢٤٦).

(٢) المصادر الفقهية السابقة.

(٣) انظر: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٣١٤/٧ ـ ٣٢٣)؛ وتفسير القرطبي (٣٨/٥).

(٤) المحلى (١٧٣/٩).

الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من مصالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم..»[1].

فالغاية من عملية الاختبار هو الوصول إلى الظن الغالب بأنَّ الصبي قد أصبحت لديه القدرة على حفظ أمواله، وتنميتها، وعدم الإفراط فيها، وقد اختلفوا في وقت الاختبار فقال بعضهم يكون قبل البلوغ، وقال الآخرون بعد البلوغ[2]. وأياً كان فإنَّ المال لا يدفع إليه بالاتفاق للحفظ والرعاية إلَّا بعد تحقق الأمرين، كما اتفقوا على أنَّه إذا بلغ وأونس منه الرشد دفع ماله إليه[3].

عدم التفرقة بين الذكر والأنثى في الرشد:

ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى غير أنَّ مالكاً في المشهور عنه[4]، وأحمد في رواية أبي طالب عنه[5] قد فرَّقا بينهما فقال أحمد في هذه الرواية عنه: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد أو تمضي عليها سنة في بيت الزوج روى ذلك عن عمر، وبه قال شريح والشعبي، وإسحاق وذهب مالك في المشهور عنه إلى أنَّ الصغيرة اما أن يكون لها أب، أو وصي، أو لا.

فإن كان لها أب فلا يزول عنها الحجر إلَّا بعد تحقق أربعة أمور، وهي: بلوغها، وحسن تصرفها، وشهادة العدول بذلك، ودخول الزوج بها، وأما ذات الوصي فلا ينفك الحجر عنها إلَّا بعد تحقق هذه الأمور الأربعة مع فك الوصي عنها. لكن للأب ترشيدها إذا بلغت قبل الدخول، وبعده، وللوصي ترشيدها بعده، بأن يقول لها: رشدتك ورفعت الحجر عنك. ثمَّ إنَّ مالكاً لم يذكر أي تحديد للمدة اللازمة بعد دخول زوجها بها غير أنَّ أصحابه قد قيدوه بخمسة أعوام، أو بستة، أو بسبعة في ذات

---

(١) انظر: صحيح مسلم، كتاب الجهاد (١٤٤٤/٣)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٥٤/٦)؛ ومسند أحمد (٢٤٩/١، ٢٩٤).

(٢) المنهاج مع شرح المحلي عليه (٣٠١/٢)؛ والمغني لابن قدامة (٥١٨/٤)، والمصادر السابقة.

(٣) انظر: رحمة الأمة ص (١٥٤)؛ واختلاف المذاهب للوزير ابن هبيرة، مخطوطة مكتبة البلدية بالإسكندرية ورقة (٩٠).

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٩٦/٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٩٨/٣)؛ وبداية المجتهد (٢٨١/٢)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٥)؛ وتفسير القرطبي (٢٣٨/٥)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٣٢١/١).

(٥) المغني لابن قدامة (٥١٢/٤) ونقل عن القاضي: «أنَّه يدفع إليها أموالها إذا عنست وبرزت للرجال أي كبرت».

الأب، وجعلوه في اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي لها عاماً واحداً بعد الدخول، وجعلوه في المولى عليها مؤبداً حتى يثبت رشدها(١). قال ابن رشد: وأمَّا أقوال أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس(٢) وقال القرطبي: «وليس في هذا دليل»(٣).
وإن لم يكن لها أب ولا وصي - وتسمى باليتيمة المهملة - ففيها قولان في مذهب مالك: أحدهما: أنَّ تصرفاتها جائزة إذا بلغت المحيض. والثاني: أنَّ أفعالها مردودة ما لم تتزوج أو تعنس على المشهور(٤). وأمَّا إذا لم تتزوج البالغة فتبقى محجورة إلى أن تعنس أو يحكم برشدها أبوها أو وصيها(٥).

وحجة مالك ومن معه في ذلك ما روي عن شريح قال: «عهد إليَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً، أو تلد ولداً»(٦). ومن جهة العقل والمعنى أنَّ المرأة تختلف عن الرجل، فهي حينما تكون في بيت أبيها تكون بعيدة من التعامل حيث لا تعاين الأمور، ولا تظهر كثيراً لكونها بكراً تستحي فلا تكون عندها الخبرة الكافية للتعامل، والخدمة في التصرفات ولذلك يحتاط في أموالها ويؤخر رشدها لحين زواجها ودخول الزوج بها وممارسة الحياة الزوجية وتفتح عيونها على الدنيا حفاظاً لأموالها من الضياع والتصرف فيها تصرفاً مخلاً بها(٧).
غير أنَّ هذه الحجة لا يمكن لها أن تصمد أمام أدلة جماهير العلماء في أنَّ المرأة لا تختلف عن الرجل في قضية تحقق رشدها، حيث إنَّ معيار رشدها كالرجل هو تحقق البلوغ وإصلاح المال عند الجمهور، أو مع صلاح الدين عند الشافعية والظاهرية، وذلك لأنَّ النصوص الشرعية لم تفرق بين الذكر والأنثى بل علقت دفع الأموال إلى اليتامى الشاملة للذكر والأنثى بالبلوغ والرشد(٨). والإمام مالك نفسه قد فسر الرشد بتثمير المال وإصلاحه فقط(٩)، واللغة والآثار الكثيرة عن أعلام المفسرين كلها تدل

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢١)، والمصادر السابقة.
(٢) بداية المجتهد (٢/٢٨١).
(٣) تفسير القرطبي (٥/٣٩).
(٤) المصادر السابقة. وحدا التعنيس قد اختلف فيه من دون الثلاثين إلى الستين. انظر بداية المجتهد (٢/٢٨٣)
(٥) بداية المجتهد (٢/٢٨٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٩٨).
(٦) قال ابن قدامة في المغني (٤/٥١٢) رواه سعيد في سننه.
(٧) أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢١).
(٨) مثل قوله تعالى: ﴿وابتَلُوا اليَتامى حتَّى إذا بلَغُوا النِّكاحَ فإنْ آنستُم منهم رُشداً فادفَعُوا إليهم أموالَهُمْ..﴾ سورة النساء: الآية ٦.
(٩) بداية المجتهد (٢/٢٨١).

على هذا المنحى، فمن أين أتت هذه الزيادة في الأنثى؟! ثمَّ إن ما روى عن عمر لا يدل على دعوى مالك ومن معه، قال ابن قدامة: «وأثر عمر إن صح مختص بمنع العطية، فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها، ومنعها من سائر التصرفات، ومالك لم يعمل به...»[1].

ثمَّ إنَّ قول مالك في التفرقة بين الرجل والمرأة في الخبرة والتجارب لا يستلزم منه اشتراط دخول الزوج بها، فالخبرة إنَّما تحصل نتيجة الممارسة والاطلاع سواء تزوجت أم لا. ولذلك نرى الإمام القرطبي ـ وهو مالكي المذهب ـ يرجح مذهب الجمهور قائلاً: «وما قاله الشافعي أصوب، فإنَّ نفس الوطء بإدخال حشفة لا يزيدها في رشدها إذا كانت عارفة بجميع أمورها، ومقاصدها غير مبذرة لمالها»[2]. وكذلك إذا لم تكن عارفة بأمورها فهل يجعلها مجرد الدخول بها عالمة خبيرة رشيدة؟! قال الشافعي: «فإذا عرف منها صلاح دفع إليها اليسير منه، فإن هي أصلحته دفع إليها مالها نكحت أو لم تنكح، لا يزيد في رشدها، ولا ينقص منه النكاح، ولا تركه، كما لا يزيد في رشد الغلام ولا ينقص منه»[3]، فهذا هو المعيار الصحيح عند جماهير العلماء، وإذا كان مالك قد نظر إلى رعاية أموالها وحفظها من الضياع فإنَّ الجمهور قالوا: إنَّ المال لا يدفع إليها إلَّا بعد التحقق من كمال صلاحيتها لرعايته وتنميته واستثماره، فالخوف من ضياع مالها كالخوف على ضياع مال الذكر، لأنَّ المعيار في الإثنين واحد وهو إصلاح المال.

والذي يظهر لي أنَّ الخلاف في هذا خلاف لفظي وخلاف عصر ومكان، لا خلاف حجة وبرهان، فالذي يستشف لنا من خلاف تعليل مالك أنَّ نظرته في هذه المسألة ليست نابعة عن عدم أهلية المرأة أو الانتقاص من قيمتها وشأنها، بل من باب الاحتياط، ومراعاة ظروف البيئة السائدة، ولا سيما المدينة المنورة التي كان يقطنها، بدليل أنَّ الإمام مالكاً يعلل لدعواه تلك بأنَّ البالغة في بيت أبيها لا تعاين الأمور ولا تظهر لأجل حياء البكارة، لكن بالزواج والدخول بها تتغير من حال إلى حال آخر نتيجة الاتصال بالرجال[4]. ومما يؤيد اتجاهي هذا أنَّ الإمام مالكاً يرى أنَّ الولي له الحق في

---

(١) المغني لابن قدامة (٥١٣/٤).

(٢) تفسير القرطبي (٣٨/٥).

(٣) الأم للإمام الشافعي (١٩٢/٣) وقال: «فالرجل والمرأة سواء... والقرآن يدل على خلافه ـ أي خلاف التفرقة ـ ثمَّ السنة، ثمَّ الأثر، ثمَّ المعقول...».

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٣٢١/١)؛ والمصادر السابقة.

ترشيدها قبل الدخول وبعده[1]، أي إذا رأى الولي أنَّها قد بلغت رشيدة عارفة بأمورها تستطيع إصلاح أموالها يقول لها: رشدتك ورفعت الحجر عنك، وبذلك يرتفع الحجر عنها، وتصير تصرفاتها ماضية دون الحاجة إلى النكاح أو الشهود[2]. كما إنَّ الإمام مالكاً يرى في أحد قوليه أن اليتيمة المهملة إذا بلغت المحيض تعتبر تصرفاتها جائزة، وما ذلك إلَّا لأنَّ اليتيمة المهملة يكون لها اختلاط واتصال، وخبرة دون الصغيرة ذات الولي[3].

لكن نظرة الأئمة الآخرين إلى النصوص الكثيرة من الآيات والأحاديث التي لم تفرق بين الذكر والأنثى بل علقت دفع الأموال بالبلوغ والرشد، كما إنَّ إصلاح المال باعتباره معياراً نسبياً قد تلافى فيه كل مظاهر الخوف من التفريط بأموال الأنثى، لأنَّه إذا لم يتحقق الصلاح في المال فلا يعطى إليها كاملاً، وهذا هو الراجح.

استقلال ذمة الزوجة:

ومما يتصل بقضية المرأة خلاف آخر بين مالك، وأحمد في رواية وبين جماهير الفقهاء بخصوص تبرعات المرأة صاحبة الزوج مع اتفاق الجميع على ذمتها المستقلة وعدم التداخل بين مالها ومال زوجها[4]، حيث ذهب الجماهير إلى أنَّ المرأة إذا بلغت رشيدة فهي كالرجل فلها التصرف في أموالها بالتبرع والمعاوضة سواء كان لها زوج أم لا.

وذهب مالك[5]، وأحمد في إحدى روايتيه[6] إلى أنَّ المرأة المتزوجة الرشيدة ليس لها أن تتبرع من مالها بأكثر من الثلث بغير إذن زوجها، وقد استُدِلُ لهما على ذلك بحديثين والقياس. أمَّا الحديثان فأولهما هو: ما رواه ابن ماجه بسنده أنَّ امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها، فقالت: إني تصدقت بهذا، فقال لها رسول الله ﷺ: «لا يجوز للمرأة في مالها إلَّا بإذن زوجها. فهل استأذنت كعباً؟» قالت: نعم. فبعث

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٩٨)؛ وشرح الخرشي (٥/٢٩٦).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٩٨).

(٣) بداية المجتهد (٢/٢٨١ . . .)، والمصادر السابقة.

(٤) وذلك لأنَّ الله تعالى أضاف أموالها إليها ولم يبح لزوجها أن يأكل منها شيئاً إلَّا بطيب نفسها. انظر: تفسير القرطبي (٥/٢٣)؛ وفتح القدير (٢/٤٤٠)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٢)؛ والروضة (٧/٣١٦)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٣٨٠)؛ والمحلى لابن حزم (١١/١١٩).

(٥) تفسير القرطبي (٥/٣٨).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٥١٣).

رسول الله ﷺ إلى كعب... فقال: «هل أذنت لخيرة - اسم لزوجته - أن تتصدق بحليها؟» فقال: نعم، فقبله رسول الله منها[1].

وثانيهما: ما رواه ابن ماجه أيضاً بسنده عن طريق عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص عن أبيه عن جده أنَّ رسول الله ﷺ قال في خطبةٍ خَطَبَها: «لا يجوز لامرأة في مالها إلَّا بإذن زوجها، إذا هو ملك عصمتها»[2].

وأمَّا القياس فهو قياس المرأة ذات الزوج على المريض مرض الموت بجامع تعلق حق الزوج بمالها كما تعلق حق الورثة بماله، وذلك لأنَّ العادة أنَّ الزوج يزيد في مهرها لأجل مالها، وينبسط فيه وينتفع به، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض[3]. وقد أشار النبي ﷺ إلى أنَّ المرأة تنكح لأربع وذكر منها مالها[4].

وقد ناقش الجمهور الأدلة السابقة بما يأتي:

أولاً: إنَّ الحديثين السابقين ضعيفان، أمَّا أولهما فلوجود «يحيى..» في سنده وهو كما قال الحافظ الهيثمي: «غير معروف من أولاد كعب فالإسناد ضعيف»[5]. وأما الحديث الثاني فهو من رواية عمرو بن شعيب وهو مختلف الاحتجاج به فقال ابن قطان: «هو واه»، وقال أحمد: «له أشياء مناكير، وإنما يكتب حديثه لنعتبر به، فأما أن يكون حجة فلا»، كما وثقه كثيرون منهم ابن معين وابن المديني لكن قال ابن معين: «إذا حدث عن جده فهو كتاب فمن هنا جاء ضعفه»، وبنحوه قال الحافظ أبو زرعة حيث قال: «روى عن الثقات، وإنَّما أنكروا عليه كثرة روايته عن أبيه عن جده، وإنَّما سمع أحاديث كثيرة وأخذ صحيفة كانت عنده فرواها»[6]. وبالإضافة إلى هذا فإنَّ بعض علماء الجرح والتعديل قالوا: إنَّ روايته عن أبيه عن جده محمد عن رسول الله ﷺ مرسلة، وليست متصلة لأنَّ جده محمداً لم يكن صحابياً. بل قال الإمام البخاري في ترجمة شعيب: «أما رواية شعيب عن أبيه محمد بن عبدالله فما علمتها صحت، فإنَّ

---

(١) سنن ابن ماجه، كتاب الهبات (٢/٧٩٨) رقم الحديث ٢٣٨٩؛ ورواه النسائي بدون لفظ: «في مالها» وهو محل الشاهد. انظر سنن النسائي، كتاب الزكاة (٥/٤٩).

(٢) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الهبات (٢/٧٩٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/٥١٤).

(٤) انظر صحيح البخاري مع الفتح، كتاب النكاح (٩/١٣٢).

(٥) نقلاً عن التعليق المسند إلى الهيثمي المطبوع مع سنن ابن ماجه (٢/٧٩٨).

(٦) انظر هذه الأقوال في ميزان الاعتدال (٣/٢٦٣ - ٢٦٥)؛ وتهذيب الأسماء (٢/٢٨).

محمداً قديم الوفاة وكأنَّه مات شاباً»[1]. وإن أريد بالجد لعمرو: الجد الأعلى وهو عبدالله فإنَّ بعضهم قد أنكر سماع شعيب عن جده الأعلى، لكن كما قال النووي: «وهذا إنكار ضعيف، وأثبت الدارقطني وغيره من الأئمة سماع شعيب عن جده عبدالله»[2]. ولهذا روى البخاري عنه عن أبيه عن جده مرفوعاً في التأريخ الصغير[3].

ولو سلم ذلك فإنَّ في سنده المثنى بن الصباح وهو متروك كما قال النسائي، وقال أحمد: لا يسوي حديثه شيئاً[4]. فعلى هذا فالحديث ضعيف جداً لا ينهض أن يكون حجة ولهذا قال الشافعي: «هذا الحديث ليس بثابت... والقرآن يدل على خلافه»[5]، ثمَّ هذا الحديث قد رواه النسائي عن عمرو بن شعيب بسند آخر ليس فيه المثنى بلفظ قريب من اللفظ الذي أوردناه لكنه ليس فيه: «في مالها» بل بلفظ يشعر بأن ذلك في مال زوجها وهو: «لا يجوز لامرأة عطية إلَّا بإذن زوجها»[6]. ثمَّ إنَّه ليس في الحديثين أي تقييد بالثلث فمن أين أتى هذا التقييد[7].

وأما قياس الزوجة على المريض فقياس فاسد ومع الفارق[8]، وذلك من عدَّة وجوه:

الوجه الأول: أنَّ المرض سبب يفضي إلى وصول المال إلى الورثة ولذلك إذا لم يفض إلى الموت لا يقيد تصرف صاحبه بأي قيد بخلاف الزوجية فإنَّها تجعل الزوج من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها، ولا لسائر الورثة بدون مرض.

والوجه الثاني: أن تبرع المريض موقوف فإن بريء من مرضه صح تبرعه، ولكن تبرع المرأة موقوف على إذن الزوج فيما زاد عن الثلث مطلقاً ودائماً، مع أنَّ الفرع لا

---

(١) ميزان الاعتدال (٣/٢٦٣ - ٢٦٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥١٤).

(٢) تهذيب الأسماء (٢/٢٩).

(٣) التأريخ الصغير، ط. دار التراث القاهرة (١/٢٣٨).

(٤) ميزان الاعتدال (٣/٤٣٥).

(٥) مختصر البويطي ص (٢٤٦)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٦/٦٠ - ٦١).

(٦) سنن النسائي، كتاب الزكاة (٥/٤٩).

(٧) المحلى لابن حزم (٩/٢٣٤).

(٨) المغني لابن قدامة (٤/٥١٤ - ٥١٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٣٠).

يمكن أن يزيد على أصله في الحكم، لأنَّ من شروط القياس أن يكون حكم الفرع مثل حكم الأصل[1].

الوجه الثالث: أنَّ ما ذكروه منتقض بمال زوجها، بل إنَّها يجوز لها أن تتصدق بشيء يسير من مال زوجها بدون إذنه حتى عند مالك[2] وأحمد[3] مع أنَّ أحداً لا يقول بتقييد الزوج في التبرعات بإذن زوجته. وبعبارة أخرى أنَّه يلزم على قول مالك ومن معه أن تقيد تصرفات الزوج بالتبرع على إذن الزوجة، مع أنَّه لم يقل به أحد، وذلك لأنَّها تنبسط وتنتفع بماله أكثر مما ينتفع بمالها بدليل أنَّ لها الحق التصدق بشيء يسير من ماله دون إذنه[4]، بالإضافة إلى أنَّ ذمة الزوج لا تخلو من حق لها في ماله من وجوب الصداق والنفقة اللازمة عليه يوماً بيوم وشهراً بشهر بل في كل ساعة مع أنَّ الفقهاء متفقون على أنَّ الزوج لا يجوز له التمتع بمال زوجها إلَّا بإذنها وطيب نفسها[5] لقوله تعالى: ﴿فإنْ طِبْنَ لكُم عن شيءٍ منهُ نفساً فكُلُوهُ هنيئاً مريئاً﴾[6]. قال ابن حزم: «وأما قول مالك ـ أي في المسألتين ـ فما نعلم له متعلقاً لا في القرآن، ولا في السنن، ولا من رواية سقيمة، ولا من قول صاحب، ولا تابع، ولا أحد قبله نعلمه إلَّا رواية عن عمر بن عبد العزيز قد صح عنه خلافها»[7].

الوجه الرابع: من وجوه فساد قياسها على المريض: أنَّ من شروط القياس عند القائلين به أن يكون حكم الفرع مثل حكم الأصل، إذ المساواة ضرورية في تحقق القياس[8]. وفي هذه المسألة يختلف حكم الفرع عن حكم الأصل، فالمريض مرض الموت تجمع له كل تصرفاته ثمَّ ينفذ منها الثلث، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة وأمَّا المرأة ذات

---

(١) المغني (٥١٤ ـ ٥١٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٣٠ ـ ٢٣١).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٥١١، ٥١٣).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/٥١٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٣٠ ـ ٢٣١).

(٤) روى البخاري في صحيحه مع الفتح (٣/٢٩٣) هذا المعنى، حيث روى بسنده أنَّ النبي ﷺ قال: «إذا انفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت، ولزوجها أجره بما كسب». ورواه النسائي في سننه، كتاب الزكاة (٥/٤٩).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/٢٣٤ ـ ٢٣٥)، والمصادر السابقة.

(٦) سورة النساء: الآية ٤. وراجع تفسير القرطبي (٥/٢٣).

(٧) المحلى (٩/٢٢٩).

(٨) انظر: المنتهى لابن الحاجب المالكي ص (١٢٣)؛ وتيسير التحرير (٣/٢٦٤)؛ والمستصفى (٢/٢٢٨)؛ ومسلم الثبوت (٢/٢٤٦).

الزوج فينفذ من كل صفقة من صفقات تبرعاتها الثلث، فقد تصل تبرعاتها حتى في حدود الثلث إلى أكثر من النصف إذا جمعت كل تبرعاتها مع أنَّها تنفذ، إذن ثبت للفرع حكم مخالف للأصل فلم يتم القياس[1]. وأما حديث: «تنكح المرأة لأربع لمالها...»، الذي استشهد به كتعضيد لمعنى القياس فليس فيه دلالة على دعواهم، لأنَّ آخر الحديث يقول: «.. فاظفر بذات الدين تربت يداك»[2]، فالحديث ليس فيه أي دلالة، ولا إشارة إلى تعلق حق الزوج بمالها وإنَّما لبيان عادات الناس، ثمَّ الإرشاد إلى ما هو الأصلح.

وبعد أن تهاوت أدلة المخالفين عرج الجمهور نحو أدلتهم في إثبات دعواهم في عدم التفرقة بين الرجل والمرأة في جميع التصرفات المالية سواء كانت بكراً أو متزوجة، وسواء كانت ذات زوج أو أرملة فاستدلوا بعموم الآيات والأحاديث التي لم تفرق في هذا الموضوع بينهما بل ذكرت الآيات الكريمة المتصدقين مع المتصدقات[3] دون أي تفرقة بينهما ولا تقييد لتبرعاتها مما يدل على أنَّ المتصدقة كالمتصدق في جميع الأحكام، لأنَّ العام أو المطلق يبقى على عمومه أو إطلاقه إلى أن يرد نص شرعي معتبر يخصصه، أو يقيده[4]. قال الشافعي: «والنساء والرجال في هذا سواء، لأن اسم اليتامى يجمعهم، واسم الابتلاء يجمعهم وأنَّ الله تعالى لم يفرق بينهما»[5]. وذلك لأنَّ قوله تعالى: ﴿فإنْ آنستُم منهُم رشداً فادفَعُوا إليهم أموالهم﴾[6] خطاب عام لم يفرق بين الذكر والأنثى والأرملة وذات الزوج، وأكثر من ذلك[7]. فقد بين الله تعالى في كتابه الكريم أنَّ المرأة لها أن تتبرع بصداقها وأنَّ زوجها إذا أدرك أنَّ ذلك كان عن طيب نفسها جاز له أن يقبله ويتصرف فيه: ﴿وآتُوا النساء صدقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فإنْ طبنَ لكُم

---

(١) المحلى (٩/٢٣٠ ـ ٢٣١).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٩/١٣٢).

(٣) يقول الله تعالى: ﴿إنَّ المسلمينَ والمسلِماتِ والمؤمنينَ والمؤمناتِ والقانِتينَ والقانِتاتِ والصادقينَ والصادقاتِ والصابرينَ والصابراتِ والخاشعينَ والخاشعاتِ والمتصدِّقينَ والمتصدِّقات والصائمينَ والصائمات والحافظينَ فروجَهم والحافِظاتِ والذاكرينَ الله كثيراً والذاكراتِ أعدَّ الله لهم مغفرةً وأجراً عظيماً﴾ سورة الأحزاب: الآية ٣٥.

(٤) انظر: المستصفى (٢/٠٠٠٣٢، ١٨٥)؛ ومسلم الثبوت (١/٠٠٢٦٧).

(٥) الأم (٣/١٩٤).

(٦) سورة النساء: الآية ٦.

(٧) تفسير القرطبي (٥/٣٦).

عن شيءٍ منه نفساً فكُلُوه هنيئاً مريئاً﴾[1]، فقد نصَّت الآية على أنَّ المرأة تعطى لها مهورها وأنَّ لها الحق في التصدق بها. وقال تعالى: ﴿فنِصفُ ما فرضتُم إلَّا أنْ يعفُون﴾[2] كما دلَّت آية أخرى على أنَّ لها الحق في الافتداء بمالها في سبيل انجاز خلعها ﴿فلا جُناحَ عليهما فيمَا افتَدَتْ به﴾[3]، كما أنَّ لها الوصية كالرجل قال تعالى: ﴿مِن بعدِ وصيَّةٍ يُوصِينَ بها أو دَين﴾[4].

وأمَّا السنة المشرفة فقد جسدت فكرة المساواة بين الرجل والمرأة في التصرفات والعقود فقد روى البخاري ومسلم في صحيحهما أنَّ النبي ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن»[5]. وقد استجابت النساء لنداء الرسول ﷺ فتصدقن للجهاد ونشر الدعوة بكل ما لديهن، وقبل ﷺ صدقاتهن دون أن يسأل عن إذن أزواجهنَّ. كما روى البخاري ومسلم أنَّ زوجة عبد الله بن مسعود وامرأة أخرى من الأنصار قد سألتا رسول الله ﷺ: هل يجزيهما أن تتصدقا على زوجيهما وأيتام لهما؟، فقال رسول الله ﷺ: «لهما أجران: أجر القرابة، وأجر الصدقة»[6]. كما رووا بسندهم أنَّ ميمونة بنت الحارث زوجة النبي ﷺ قد أعتقت جارية لها ولم تستأذنه فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني قد أعتقت وليدتي فلانة؟ قال: «أو فعلت»؟ قالت: نعم. قال: «أما أنَّه لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك»[7] وأكثر من ذلك فقد روى ابن حزم عن طريق مسلم أنَّ أسماء بنت أبي بكر الصديق قد أعطاها النبي ﷺ جارية لخدمتها، ثمَّ باعتها قالت: ودخل عليَّ الزبير وثمنها في حجري، فقال: هبيها إليَّ. قالت: أنَّى؟ ولكن تصدقت بها.[8]. وفي رواية لمسلم أنَّها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا نبي الله ليس لي شيء إلَّا ما أدخل على الزبير، فهل على جناح أن أرضخ ـ أي أتصدق بشيء ـ مما يدخل علي؟ فقال: ارضخي ما استطعت...»[9]. قال ابن حزم: «وأسماء بنت الصديق أنفذت الصدقة بثمن خادمها،

---

(١) سورة النساء: الآية ٤. وراجع تفسير القرطبي (٥/٢٣).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٤) سورة النساء: الآية ١٢.

(٥) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الزكاة (٣/٣٢٨)؛ ومسلم، كتاب الزكاة (٢/٦٩٤ ـ ٦٩٦). وراجع: نيل الأوطار (٥/٢٣٤).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح (٣/٣٢٨)؛ وصحيح مسلم، كتاب الزكاة (٢/٦٩٤).

(٧) انظر: صحيح مسلم، كتاب الزكاة (٢/٦٩٤)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٩).

(٨) المحلى لابن حزم (٩/٢٢٧).

(٩) انظر: صحيح مسلم (٢/٧١٣ ـ ٧١٤)؛ وسنن النسائي (٥/٥٥).

وبيعها بغير إذن زوجها، ولعلها لم تكن تملك شيئاً غيرها، أو كان أكثر ما معها»[1]. فلو كان الإذن شرطاً في تبرعاتها لما أقدمت عليها دون إذن زوجها، والأحاديث في ذلك متظافرة، وتطبيقات الصحابيات والتابعيات في الصدقات بأكثر أموالهنَّ، بل بجميعها أكثر من أن تحصى[2]، فقد روى ابن حزم وغيره آثاراً عن عمر بن الخطاب وأنس بن مالك وأبي هريرة وأبي موسى الأشعري والزبير وأسماء بنت أبي بكر وغيرهم، وعن عمر بن عبد العزيز والنخعي وشريح وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وابن سيرين تدل على أنَّ المرأة إذا لم تكن سفيهة يجوز لها أن تعطي من مالها بغير إذن زوجها[3].

مدى أهلية المرأة ورضاها في عقد النكاح

فإذا كان إجماع الفقهاء على أنَّ المرأة الرشيدة تستطيع التصرف في مالها بالمعاوضات وجماهيرهم على أنَّها تستطيع التصرف في مالها بالتبرع دون حاجة إلى إذن أحد. . . فإنَّهم قد اختلفوا في موضوع آخر غير مالي يتعلق بمدى استقلال رضاها في إنشاء عقد الزواج لنفسها أو لغيرها بعد اتفاق الجمهور على أنَّ المرأة البالغة العاقلة لا تزوج إلَّا برضاها وأن لها الحرية الكاملة في اختيار الزوج دون كره أو كراهية[4]. فقد أعطاها الإسلام شأناً كبيراً في أمر نكاحها حيث خيرها رسول الله ﷺ إذا عقد عليها الولي دون رضاها، فقد روى النسائي وأبو داود وابن ماجه وغيرهم: «أنَّ فتاة أتت النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخي. . . فجعل ﷺ الأمر إليها. فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكني أردت أن أعلم أللنساء من الأمر شيء؟»[5]. وفي رواية ابن ماجة ـ صححها الحافظ الهيثمي ـ قالت: «. . .ولكني أردت أن تعلم النساء أن ليس

---

(١) المحلى (٩/٢٢٦ ـ ٢٢٧).

(٢) راجع: السنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٩ ـ ٦٠)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٢٧ ـ ٢٢٨)؛ ومختصر البويطي ص (٢٤٦ ـ ٢٤٧)؛ والأم (٣/١٩٢ ـ ١٩٣).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/٢٢٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥١٤)؛ والمصادر السابقة.

(٤) وقد أجاز بعض الفقهاء تزويج الأب على البكر وإن كرهت ذلك بناء على توافر شفقتها ورعاية مصالحها التي يرعاها الأب أكثر منها.

راجع: فتح القدير (٢/٣٩١)؛ والمبسوط (٤/١٩٦)؛ والقوانين الفقهية ص (١٧٢)؛ والإشراف على مذاهب الأشراف لابن هبيرة، مخطوطة الإسكندرية رقم (١٣١٠ ب) فقه الشافعي، ورقة (١١٩ ـ ١٢٠)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٤٦٧)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٢٥٦).

(٥) انظر: سنن النسائي، كتاب النكاح (٦/٧١)؛ وسنن ابن ماجه، كتاب النكاح (١/٦٠٢)؛ وسنن أبي داود مع العون (٦/١٢٠)؛ ومسند أحمد (٦/١٣٦).

إلى الآباء من الأمر شيء»[1]. كما إنَّه ليس للولي منعها من الزوج الكفء، فإن منعها فتجد أمامها ساحة القضاء الإسلامي رحبة لرفع الظلم والحيف عنها، وتزويجها ممن هو كفء لها[2]. غير أنَّهم اختلفوا في أنَّ المرأة العاقلة الرشيدة هل لها أن تستقل بعقد الزواج لنفسها أو لغيرها دون الحاجة إلى الولي؟.

فذهب جمهور الفقهاء: المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وأبو يوسف في رواية إذا كان لها ولي، والثوري والأوزاعي وإسحاق إلى أنَّها لا تملك تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها سواء كانت بكراً أو ثيباً، رشيدة أم غير رشيدة، فإن فعلت ذلك فنكاحها باطل. وهذا مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم، وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك[3].

وذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف في ظاهر الرواية، ومحمد في إحدى الروايتين إلى أنَّ لها أن تزوج نفسها وغيرها، وتوكل في النكاح، غير أنَّها إن زوجت نفسها من غير كفء كان للولي أن يفرق بينهما قبل أن تلد[4]. هذا في ظاهر الرواية، وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة ومحمد أنَّه لا يجوز من غير كفء، لأنَّه كم من واقع لا يرفع[5].

وذهب محمد الشيباني في ظاهر الرواية إلى أنَّ ولاية النكاح شركة بين الولي والمرأة

---

(١) سنن ابن ماجه (٦٠٢/١).

(٢) انظر: فتح القدير (٤١٧/٢).

(٣) راجع في تفصيل ذلك: المبسوط للسرخسي (١٩٦/٤)؛ وبدائع الصنائع (١٣٦٦/٣)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (٣٩٩/٢)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥٥/٣)؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (١١٨/٤)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل، مع حاشية العدوي (١٧٣/٣)؛ والقوانين الفقهية ص (١٧٢)؛ وبلغة السالك (٦/٢)؛ والفواكه الدواني، ط ٢. مصطفى الحلبي (٢٢/٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٠/٢)؛ والأم (١١/٥)؛ ومختصر البويطي، مخطوطة الدار ص (٩٧)، ومختصر المزني (٢٧٠/٣)؛ وروضة الطالبين (٥٧/٧)؛ والغاية القصوى (٧٢٧/٢ ـ ٧٢٩)؛ والمهذب (٣٥/٢)؛ وتحفة المحتاج (٢١٧/٧)؛ والمغني لابن قدامة (٤٤٩/٦)؛ وحاشية الروض المربع على زاد المستقنع (٢٤٦/٦)؛ والمحلى لابن حزم (٣٦/١١ ـ ٤٣)؛ وراجع تفسير القرطبي (٧٢/٣).

(٤) المبسوط (١٩٦/٤)؛ وفتح القدير (٣٩١/٢ ـ ٣٩٣).

(٥) فتح القدير مع شرح العناية (٣٩٣/٢).

الرشيدة، فإذا قامت بتزويج نفسها من كفء، أو غيره ينعقد موقوفاً على إجازة الولي، وكذلك إذا قام به الولي ينعقد موقوفاً على إجازة المرأة لكنها إذا قامت بالعقد من الكفء وامتنع الولي عن الإجازة فلها الحق في الرجوع إلى القضاء ليجدد له النكاح وينفذه(١).

وقد استدل المجيزون بالكتاب والسنة والأثر والقياس. أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإنْ طلَّقَها فلا تَحِلُّ لهُ مِنْ بَعدُ حتَّى تَنْكِحَ زوجاً غيرَهُ﴾(٢)، فقد أضاف الله النكاح إليها، وأسند الفعل إليها مما يدل على أنَّها تستقل به وإلاَّ لما جعلها فاعلة له(٣).

وقوله تعالى: ﴿وإذا طلَّقتُم النِّساءَ فبلغنَ أجلَهنَّ فلا تَعضلُوهنَّ أنْ ينكِحنَ أزواجَهُنَّ...﴾(٤)، فقد نهت الآية الكريمة أولياء النساء عن أن يمنعوهنَّ ظلماً من أن ينكحن أزواجهنَّ، لأنَّ العضل هو المنع ظلماً(٥)، وذلك بمنعها من زواج كفء(٦)، فالآية تدل على أنَّ المرأة لها الحق في عقد الزواج لنفسها ولذلك نهت الأولياء عن منعها، ثمَّ أضافت النكاح إليها(٧).

وقوله تعالى: ﴿... فلا جُنَاحَ عليكُم في ما فعلنَ في أنفُسِهنَّ مِنْ معروفٍ...﴾(٨)، فدلَّت الآية على أنَّ المرأة إذا أكملت العدة يجوز لها أن تفعل كل ما أذن لها الشرع بالمعروف، ولا شك أنَّ النكاح من الفعل في النفس بالمعروف فيجوز لها أن تقوم هي به(٩).

---

(١) فتح القدير (٢/٣٩١).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٠ وراجع أحكام القرآن للجصاص (١/٤٠٠ - ٤٠٣).

(٣) شرح العناية مع فتح القدير (٢/٣٩٢)؛ وأحكام القرآن للجصاص (١/٤٠٠ - ٤٠٣).

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٢.

(٥) القاموس المحيط (٤/١٧). وراجع: تفسير الطبري (٥/٢٤)؛ وأحكام القرآن للجصاص (١/٣٩٩).

(٦) حاشية سعدي جلبي على شرح العناية (٢/٣٩٢)؛ وأحكام القرآن للجصاص (١/٣٩٩).

(٧) شرح العناية على الهداية (٢/٣٩٢). وقال الجصاص: «فقد دلَّت هذه الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي، ولا إذن وليها، أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي. والثاني: نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان» انظر: الأحكام للجصاص (١/٤٠٠).

(٨) سورة البقرة: الآية ٢٤٠. وراجع تفسير القرطبي (٣/١٨٦).

(٩) حاشية سعدي جلبي على شرح العناية (٢/٣٩٢).

وأمَّا السنة فقد روى مسلم في صحيحه وغيره: أنَّ النبي ﷺ قال: «. . . الأيم أحق بنفسها من وليها»[1]. قال ابن الهمام: «والأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً»[2] فعلى هذا فقد أثبت الحديث حق إنشاء العقد للمرأة والولي ثمَّ جعلها أحق به منه.

وأمَّا الأثر فهو ما روى مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه: «أنَّ عائشة زوج النبي ﷺ زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم قال: ومثلي يصنع هذا به. . . ثمَّ قال: ما كنت لأرد أمراً قضيتيه. . .»[3].

وأمَّا القياس فهو قياس النكاح على تصرفاتها المالية، وقياس البالغة الرشيدة على الذكر البالغ الرشيد. قال المرغيناني: «وجه الجواز أنَّها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال»[4]. فمناط الأهلية الكاملة هو العقل والتمييز، فلا يبقى بعد ذلك شيء يمنع الإنسان الرشيد من نفاذ تصرفاته المالية وغيرها سواء كان ذكراً أو أنثى، وأيضاً إذا كان هناك خطورة في ولاية الفتاة أمر نفسها في النكاح، فإنَّ الخطورة موجودة أيضاً في ولاية الفتى أمر نفسه مع أنَّه لم يقل أحد بمنعه من مباشرة عقد النكاح، فكذلك لا بدَّ أن يفسح المجال للفتاة الرشيدة لتختار بنفسها شريك حياتها، ثمَّ إذا كان زواج المرأة من رجل غير كفء قد يجر الضرر للأولياء فإنَّ زواج الفتى من امرأة سيئة الخلق قد يجر أكثر، ومن جهة أخرى أنَّ الضرر المحتمل من زواجها من غير كفء يُزال حيث إنَّ للأولياء حق فسخ هذا العقد[5].

وقد استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، والآثار. أمَّا الكتاب فالآيات فيه كثيرة

---

(١) انظر: صحيح مسلم (٢/١٠٣٧)؛ والموطأ ص (٣٢٥)؛ ومسند أحمد (١/٣٤١)؛ وسنن ابن ماجه (١/٦٠١)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٢٤٠)؛ والدارمي (٢/٦٢)؛ والنسائي (٦/٦٩). وراجع نصب الراية (٣/١٩٣)؛ وتلخيص الحبير (٣/١٦٠).

(٢) فتح القدير (٢/٣٩٣) وهكذا قال الفيروزأبادي في القاموس المحيط (٤/٧٩)؛ وابن منظور في لسان العرب ص (١٩١)؛ والفيومي في المصباح المنير (١/٣٨).

(٣) الموطأ لمالك كتاب الطلاق ص (٣٤٢)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٧/١١٢).

(٤) الهداية مع شرح العناية وفتح القدير (٢/٣٩٢).

(٥) المصادر السابقة.

منها قوله تعالى: ﴿ولا تُنْكِحُوا المُشْرِكِينَ حتَّى يؤمنُوا﴾[١]، أي لا تُنكحوا فتياتكم للمشركين، فخاطب الأولياء وأسند فعل الإنكاح إليهم مما يدل على أنَّ الأمر بيدهم. قال القرطبي: «في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلَّا بولي»[٢].

وقوله تعالى: ﴿وأنكِحُوا الأيامَى منكُم والصالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وإمائِكُمْ﴾[٣]، فقد خاطب الأولياء في إنكاح الأيامى وهى الثيبات[٤]، مما يدل على أنَّ الثيب أيضاً لا تستقل بنكاح نفسها. وقوله تعالى: ﴿ وإذا طَلَّقْتُم النِّسَاء فبلغنَ أجلهنَّ فلا تَعضُلُوهنَّ أنْ ينكِحنَ أزواجهُنَّ إذا تراضَوْا بينهم بالمعروف﴾[٥]، قال الشافعي: «فهذه الآية أبين آية في كتاب الله عزَّ وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها»[٦] وذلك لأنَّ الآية تخاطب الأولياء: أن لا يمنعوا النساء من التزوج بمن يرضينهم وقد دلَّ سبب النزول بأنَّ الخطاب في: ﴿فلا تعضلوهن﴾ للأولياء، حيث روى البخاري والشافعي والبيهقي وغيرهم بسندهم عن معقل بن يسار أنَّه قال: «زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدَّتها جاء يخطبها فقلت له: زوجتك... فطلقتَها ثمَّ جئتَ تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية: ﴿... فلا تعضلوهن...﴾ فقلت الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه[٧]. قال ابن حجر: اتفق أهل التفسير على أنَّ المخاطب بذلك الأولياء[٨].

وأما السنة فكثيرة منها: ما رواه الشافعي وأحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي والبيهقي وابن حبان والحاكم بسندهم أنَّ رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ـ ثلاث مرات ـ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[٩]. وهذا الحديث صحيح صححه

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢١. وراجع تفسير القرطبي (٧٢/٣).

(٢) تفسير القرطبي (٧٢/٣).

(٣) سورة النور: الآية ٣٢.

(٤) أحكام القرآن للشافعي (١٧٥/١).

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٣٢. والعضل: المنع. انظر: تفسير الطبري (٢٢/٥).

(٦) الأم (١٤٩/٥).

(٧) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب التفسير (١٩٢/٨)، وكتاب النكاح (١٨٢/٩)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (١٣٨/٧)؛ والأم (١٤٩/٥).

(٨) فتح الباري (١٩٢/٨).

(٩) انظر: الأم (١١/٥)؛ ومسند أحمد (٢٤٦/٢، ٤٤٧)؛ وسنن أبي داود مع العون (٩٨/٦)؛ =

البيهقي وأبو عوانة والحاكم وابن حبان[(١)].

ومنها قوله ﷺ: «لا تُزَوِّجُ المرأةُ، ولا تزوج نفسها، إنَّ البغية التي تـزوج نفسها»[(٢)]. ومنها ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم بسندهم عن أبي موسى: أنَّ النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلَّا بوليّ»[(٣)]. وقد سئل البخاري عن هذا الحديث فقال: «الزيادة من الثقة مقبولة، وابن يونس ثقة»[(٤)]. وقال الحافظ ابن حجر: «وقد اختلُف في وصله، وإرساله، قال الحاكم: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب قال: وفي الباب عن علي وابن عباس، ثمَّ سرد تمام ثلاثين صحابياً»[(٥)]. وهناك أحاديث أخرى تدل على أنَّه لا نكاح إلَّا بولي[(٦)].

وأما الآثار عن الصحابة فأكثر من أن نذكرها هنا فقد قال الترمذي بعدما روى مرفوعاً: «لا نكاح إلَّا بولي وشاهدي عدل». والعـمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بـن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم[(٧)]. وقد سرد الحاكم هذا الحكم عن ثلاثين صحابياً[(٨)]. وقد ذكر ابن منده: «أنَّه لا يعرف عن أحد الصحابة خلاف ذلك»[(٩)]. فعلى هذا فقد تمَّ إجماع صريح، أو سكوتي على اعتبار الولي في النكاح، وأنَّ المرأة لا تستقل في عقد

= والتـرمـذي مـع التحـفة (٢٢٨/٤)؛ وابن مـاجـه (٦٠٥/١)؛ والسنن الكبـرى للبيهقي (١٠٥/٧ - ١٤٣)؛ وراجع تلخيص الحبير (١٥٦/٣).

(١) السنن الكبرى (١٤٣/٧)؛ وتلخيص الحبير (١٥٦/٣).

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠/٧). ونقل عن ابن معين أنَّه قال: مخلد بن حسين - راوي الحديث - ثقة.

(٣) انظر: مسند أحمد (٢٥٠/١)؛ وسنن أبي داود مع العون (١٠٢/٦)؛ والترمذي مع التحفة (٢٢٦/٤ - ٢٣٢)؛ وابن ماجه (٦٠٥/١).

(٤) السنن الكبرى (١٠٤/٧ - ١١٣)؛ ونصب الراية (١٨٣/٣ - ١٩٠).

(٥) المستدرك (١٦٨/٢)؛ وتلخيص الحبير (١٥٦/٣).

(٦) المصادر السابقة، وراجع السنن الكبرى (١٠٤/٧ - ١١٣).

(٧) سنن الترمذي مع التحفة (٢٣٢/٤).

(٨) المستدرك (١٦٨/٢)؛ وتلخيص الحبير (١٥٦/٣).

(٩) تحفة الأحوذي بشرح الترمذي (٢٣٣/٤). وقد روى عبد الرازق في مصنفه: «أنَّ عمر ولي ابنته حفصة ماله، ونكاح بناته، فكانت حفصة إذا أرادت أن تزوج امرأة أمرت أخاها عبدالله فزوج». انظر المصنف (٢٠٠/٦).

الزواج، وروى البيهقي عن أبي الزناد عن الفقهاء الذين ينتهي إلى قولهم من تابعي أهل المدنية أنَّهم كانوا يقولون: لا تعقد امرأة عقدة النكاح في نفسها ولا في غيرها[١].

وأمام هذه الأدلة المتعارضة في الظاهر لا يبقى لنا إلاَّ مناقشة أدلة الطرفين ووزنها، ثمَّ الوصول إلى ما يعضده الدليل. فأما أدلة المجيزين لاستقلال المرأة بعقد النكاح دون الحاجة إلى الولي أو السلطان فتناقش بما يأتي: ـ

أولاً: إنَّ الآيات التي أضافت النكاح إلى المرأة لا تدل على أنَّها تستقل بإنشاء العقد على نفسها، وإنَّما تدل على أنَّ لها شأناً في ذلك وهذا ما لا ينكره الجمهور، فإسناد الفعل إلى المرأة معارض بإسناد الفعل إلى الأولياء في آيات أخرى ثمَّ إنَّه لا يدل على أنَّها تنفرد بتحقيقه. فآفاق اللغة العربية أوسع من حصرها في الحقيقة، والقرآن الكريم قد استعمل كثيراً الكناية، والمجاز سواء كان في الإسناد أو في غيره.

ولو سلمنا ذلك فإنَّ السنة المشرفة قد جاءت وبينت بأنَّ المرأة لا تستقل بالنكاح وأنَّه لا نكاح شرعاً بدون ولي، وتلك هي الوظيفة الأساسية والدور الرئيسي لها.

ومن جهة أخرى أنَّ تفسيرهم: ﴿حتى تنكح زوجاً﴾ بالعقد خلاف ما فسره الفقهاء ـ بما فيهم الحنفية[٢] ـ والمفسرون حيث أجمعوا ـ كما ذكر ذلك الطبري ـ[٣] على أنَّ المراد بالنكاح هنا الوطء، وقالوا: أيْ نكاحاً صحيحاً ثمَّ يجامعها فيه ثمَّ يطلقها[٤].

ثانياً: إنَّ الآية الثانية لا تدل على دعواهم بل هي أقرب إلى خلاف ما يدعونه فقد استدل جماهير العلماء بها على أنَّها أبين آية في الدلالة على اشتراط الولي، إذ لا ينهى الولي عن العضل إلاَّ إذا كان له هذا الحق وإلاَّ فما الفائدة في النهي عن العضل، والمرأة تستطيع أن تستقل بالعقد، بالإضافة إلى أنَّ سبب النزول يوضح هذا

---

(١) السنن الكبرى (٧/١١٣).
(٢) شرح العناية مع فتح القدير (٢/٢٣٩، ٣/١٧٤).
(٣) تفسير الطبري (٤/٥٨٨).
(٤) تفسير الطبري (٤/٥٨٨)؛ وتفسير القرطبي (٣/١٤٧ ـ ١٤٨).

المعنى[1]. ولذلك نرى الشافعي والطبري والبخاري وغيرهم من الفقهاء والمحدثين والمفسرين يستدلون بهذه الآية على اشتراط الولي[2]، فقد ترجم البخاري باب من قال: لا نكاح إلاَّ بولي لقول الله: ﴿وإذا طَلَّقْتُم النِّساءَ فبلغنَ أجلَهُنَّ فلا تَعضُلوهنَّ﴾ فدخل فيه الثيب، وكذلك البكر[3]. وكذلك ذكر الطبري وغيره من المفسرين أنَّ في هذه الآية الدلالة الواضحة على صحة من قال: لا نكاح إلاَّ بولي من العصبة، وذلك أنَّ الله تعالى نهى الولي عن عضل المرأة إن أرادت النكاح فلو كان للمرأة إنكاح نفسها بغير إنكاح وليها إياها، أو كان لها تولية من أرادت توليته في إنكاحها لم يكن لنهي وليها عن عضلها معنى مفهوم، إذ كان لا سبيل له إلى عضلها، وذلك أنَّها إن كانت متى أرادت النكاح جاز لها إنكاح نفسها، أو إنكاح من توكله بإنكاحها، فلا عضل هنالك لها من أحد حتى ينهي الولي عن عضلها[4].

وأما الآية الثالثة فلا دلالة فيها على استقلالها بالنكاح، حتى ولو كان فيها احتمال فالسنة الصحيحة قد بينت بأنَّ ذلك يتم بإذن الولي وأنَّه لا نكاح إلاَّ بولي. ثمَّ إنَّ هذه الآية الكريمة قد قيدت فعلهنَّ بأنفسهن بالمعروف أي بما أذن فيه الشرع من التزيين، وإطراح الأحداد، واختيار الزوج دون مباشرة العقد[5].

وأما الحديث الذي استدل به المجيزون فلا يدل على دعواهم وذلك من عدَّة وجوه: -

الوجه الأول: أنَّه استدلال بجزء من الحديث دون رعاية الجزء المكمل له، فتمام الحديث كما رواه أئمة الحديث هو: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها»[6]. فقد ذكر الحديث حكم كيفية إنشاء العقد على الثيب، وعلى البكر، فعلى هذا لا نسلم أن المراد بالأيم في الحديث هي من لا زوج لها بكراً كانت أم

(١) سبق ذكره ضمن استدلال الجمهور بهذه الآية.
(٢) الأم (١٤٩/٥)؛ وتفسير الطبري (٢٢/٥) وصحيح البخاري مع الفتح (١٨٢/٩، ٤٨٢).
(٣) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب النكاح (١٨٢/٩).
(٤) تفسير الطبري (٢٧/٥)؛ وتفسير القرطبي (١٥٨/٣)؛ والمغني لابن قدامه (٤٥٠/٦).
(٥) تفسير القرطبي (١٨٧/٣).
(٦) انظر: صحيح مسلم، كتاب النكاح (١٠٣٧/٢).

ثيباً، فالأيم يطلق على معنيين أحدهما: هذا المعنى العام والثاني: هي المرأة التي كان لها زوج فمات عنها[1]. غير أنَّ معناه في الحديث لا يحتمل غير المعنى الثاني قال ابن منظور: «وقول الرسول ﷺ: «الأيم أحق بنفسها» فهذه الثيب لا غير»، ثمَّ استشهد بأشعار للدلالة على استعمال الأيم فيمن مات زوجها[2]. وذلك لأنَّ «الأيم» وحتى ولو كان عاماً للثيب والبكر فإن ذكر «البكر» في مقابلة يُعيِّنه لأن يراد به الثيبُ فقط، ولا سيما أنَّ الحديث بَيَّنَ لكل من المفهومين حكماً شرعياً خاصاً، ويؤكد هذا المعنى أنَّ الحديث ورد في بعض روايات أخرى بلفظ: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها»[3].

وكذلك ترجم مسلم: باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت[4]. إذن لا يفهم من الحديث إلَّا أنَّ هناك فرقاً بين الثيب والبكر، حيث يَطلُبُ الوليُّ الأمرَ الصريح من الثيب، ولا يكتفي بالسكوت بل لا بدَّ من الإذن الصريح والاستئمار أي بأن تأمر، وتأذن صراحة[5]. وأمَّا البكر فلحيائها الكثير وخجلها يكتفي في إذنها بسكوتها وهذا ما أوضحته الأحاديث الصحيحة فقد روى البخاري ومسلم وغيرهما أنَّ النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم ـ وفي رواية الثيب ـ حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[6].

وأما الجواب عن أثر عائشة فبالإضافة إلى احتمال أنَّه كان اجتهاداً منها وهو لا يكون ملزماً لغيرها من المجتهدين، فإنَّ الفقهاء قد أجابوا عنه بأنَّ المراد بأنَّها زوجت أي أذنت للتزويج ومهدت أسبابه ولم يبق إلَّا العقد لأبيها، من باب ذكر السبب وإرادة المسبب، ويدل على ذلك أنَّ عائشة رضي الله عنها هي التي روت حديث: «لا نكاح إلَّا بولي»[7]. بل يؤكد هذا المنحى ما رواه الشافعي والبيهقي بسندهما عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال: كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح قال لبعض أهلها: زوج فإنَّ المرأة لا تلي عقد

---

(١) لسان العرب لابن منظور (١/ ١٩٠).

(٢) المرجع السابق ص (١٩١).

(٣) صحيح مسلم (١٠٣٧/٣).

(٤) صحيح مسلم، كتاب النكاح (١٠٣٦/٢).

(٥) فتح الباري (١٩٢/٩).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح (١٩١/٩)؛ ومسلم (١٠٣٧/٢).

(٧) انظر: تلخيص الحبير (١٥٦/٣)؛ والسنن الكبرى (١٣٨/٧).

النكاح[1]. وراوي هذا الأثر هو عبد الرحمن بن القاسم هو راوي الأثر السابق نفسه، فعلى هذا يكون هذا الأثر تفسيراً للأثر السابق فيكون معنى: «زوجتْها عائشة»، أي وعدت وجهزت كلّ وسائل الزواج، ثمَّ تولي العقد غيرُها التزويجَ إليها لإذنها في ذلك وهذا ما رواه البيهقي بسنده عن عبد الرحمن بن القاسم بعد ذكر الأثر السابق قال: «فقرَّت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقاً، وإنَّما أريد به أنها مهدت تزويجها، ثمَّ تولى عقد النكاح غيرها، فأضيف التزويج إليها لإذنها في ذلك وتمهيدها أسبابه والله أعلم»[2].

وأمَّا الجواب عن القياس فهو أولاً مخالف لنص الحديث فلا عبرة به، وثانياً أنَّه قياس مع الفارق، فقياس النكاح على المال غير مستساغ وذلك لأنَّ المال مطلوب لذاته، والنكاح مطلوب لغيره، ومن ناحية أخرى فالمال عرض زائل سهل التحويل والتخلص منه فخطره قليل، أمَّا النكاح فهو مستمر دائم صعب التحويل والإزالة، فخطره جليل، وأيضاً أنَّ الخبرة في المال تتحقق بالاختبار في حين أنَّه ليس هناك اختبار في النكاح، وكذلك قياس الفتى على الفتاة في أمر النكاح قياس مع الفارق فالفتى يملك الطلاق والتخلص من الضرر في أي وقت شاء، بخلاف الفتاة التي تتقيد بزوجها مدى الحياة، وأمَّا جواب الحنفية عن ذلك بأنَّ هذا الضرر يتلافى بأن أعطى للأولياء الحق في فسخ العقد إذا تزوجت من غير كفء فغير مسلّم، فقد قال الفقهاء فكم من واقع لا يرفع[3]. فالمجيزون لهذا قد صرحوا بأنَّه إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء ثمَّ دخل بها زوجها وولدت فليس للولي حق فسخ العقد بعد الولادة[4]. ثمَّ إن فسخ النكاح ليس عملية سهلة حيث يتطلب حكم القاضي، فليس كل ولي أو امرأة يحسن المرافعة والخصومة، ولا كل قاض يعدل، حتى لو تحقق ذلك فقد يترك أنفةً للتردد على أبواب القضاء، واستثقالاً لنفس الخصومات فيتقرر الضرر ولا يزال[5].

وقد ناقش الحنفية أدلة الجمهور بأن الآيات ليست نصاً في الدعوى[6] بل تحتمل

---

(١) الأم (٥/١٦)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٧/١١٢).

(٢) السنن الكبرى (٧/١١٢ ـ ١١٣).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٢/٣٩٣) نقلاً عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

(٤) فتح القدير (٢/٤١٩).

(٥) فتح القدير مع شرح العناية (٢/٣٩١).

(٦) راجع تفصيل ذلك في: بدائع الصنائع (٣/١٣٦٧ ـ ١٣٦٩)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (٢/٣٩١ ـ ٣٩٥).

الأمرين، وأنَّ الأحاديث تحمل على الصغيرة غير البالغة جمعاً بين الأدلة، أو أنها مضطرب إسنادها أو ضعيفة[1]. والجواب عن ذلك بأنَّ الأحاديث الموجودة في هذا الباب قد بلغت حد الشهرة والاستفاضة وقد حكم كثير من الحفاظ مثل الحاكم وأبي عوانة، والبيهقي وابن حبان بصحة بعضها[2]، وقد بينا بأنَّ حديث: «الأيم..» لا يدل على دعواهم حتى يجمع بينه وبين هذه الأحاديث، فلا تعارض كما سبق ولذلك فالذي يظهر لنا رجحانه هو أنَّ المرأة بكراً كانت أو ثيباً لا يجوز لها أن تعقد على نفسها ولا على غيرها النكاح، كما أنَّ الولي ليس له إجبار العاقلة الرشيدة على الزواج وذلك لخطورة هذا العقد، وكونه يراد لمقاصده لا لذاته: من السكنى والاستقرار لتحصيل النسل، وتربيته قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أزواجاً لِتَسْكُنُوا إليها﴾[3]. ولا يخفى أنَّ التفويض إليهن قد يخل بهذه المقاصد، لأنَّهنَّ سريعات الاغترار سيئات الاختيار، فقد يخترن من لا يصلح لذلك ولا سيما عند غلبة الشهوة، فسد هذا الباب حسماً ودرءاً لذرائع المفسدة.

وهذه النظرة من الجمهور ليست نابعة من نظرهم إلى نقص أهلية المرأة. كلاَّ، وإنَّما نظروا إلى ولاية النكاح بأنَّها كما تهم المرأة تهم أولياءها وهم يشتركون في تحمل نتائج هذا العقد فيما إذا لم يحقق هدفه، ولذلك أعطى للأولياء حق إنشاء هذا العقد، وأعطى للمرأة حق الرضا والإذن الكامل، فلا تستقل المرأة به كما لا يستقل الأولياء به دون رضاها أو أذنها، فالأحاديث في رد الرسول النكاح إذا كان الولي قد قام به دون رضا المرأة بكراً كانت أم ثيباً كثيرة فقد روى البخاري وغيره بسندهم عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها[4]. وروى أبو داود وغيره بسندهم عن ابن عباس قال: إنَّ جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أنَّ أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي[5]. كما أنَّ المرأة إذا رضيت بمن هو كفء لها يجب على الولي أن يعقد لها النكاح لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أزواجَهُنَّ﴾[6]، أي لا تمنعوهنَّ. وإذا امتنع الولي فيرجع الأمر إلى القضاء للحديث

(١) فتح القدير (٢/٣٩٣ ـ ٣٩٤).
(٢) تلخيص الحبير (٣/١٥٦)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٧/١١٠٠٠)، والمصادر السابقة.
(٣) سورة الروم: الآية ٢١.
(٤) صحيح البخاري مع الفتح (٩/١٩٤)؛ والموطأ للإمام مالك، كتاب النكاح ص (٣٣١)؛ وسنن أبي داود مع العون، كتاب النكاح (٦/١٢٨)؛ ومسند أحمد (١/٢٧٣، ٦/٣٢٨).
(٥) سنن أبي داود مع العون، كتاب الصلاة (٦/١٢٠).
(٦) سورة البقرة: الآية ٢٣٢.

الصحيح السابق: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

هذا هو الراجح الذي يدعمه الدليل، فأدلة الجمهور من القرآن والسنة ناهضة على دعواهم، بل طافحة، في حين أنَّ أدلة المخالفين لم تستطع أن تصمد أمام المناقشة والرد، ومن جهة العقل أنَّ عقد النكاح عقد لا ينكر أحد خطورته حيث يحصل للإنسان في كل عمره مرة أو مرات معدودة فلا يمكن قياسه على الأموال فليس من المصلحة أن يربط مصير شخصين بل أسرتين بنزوة فتاة ليس لها خبرة، فمن المصلحة أن يسد هذا الباب تحقيقاً لمصلحة المرأة نفسها ودرء المفسدة عنها. كما أنَّ الأولياء يشاطرونها في مشاكلها وأضرارها، حيث يعود عليهم العقد إما بالاستقرار، أو بالألم والعار والخصومات، إذن فلا بدَّ من أن يكون لهم شأن في كيفية الاختيار وإنشاء العقد. وأيضاً إنَّ معرفة أحوال الرجال، وما يتعلق بخفاياهم لا تتم إلَّا بالممارسة والمخالطة، وتقصي أحوالهم عن كثب، وهذه الأمور مما لا يمكن، أو يصعب على المرأة التي تقر في بيتها، وحتى التي تغشى الأسواق، والدوائر، لأنَّه من السهل جداً أن يتقمص الشاب الخاطب خلال لقائه معها قميص الطهر، والعفاف، والوفاء والكفاف، لكن الولي من خلال أقرانه وأصحابه ونتيجة لخبرته يستطيع الوصول إلى ما يطمئن إليه، وأيضاً إنَّ الإسلام ـ بل كل الشرائع ـ ينظر إلى عقد الزواج نظرة تحوطها هالة من التقديس والتكريم، فهو ليس كالصفق في الأسواق فقد بين القرافي الفرق بين البيع والنكاح من عدة وجوه:

الوجه الأول: أنَّ الشهادة شرط في النكاح بخلاف البيع.

الوجه الثاني: أنَّ قاعدة الشرع أنَّ الشيء إذا عظم قدره شدد فيه، وكثرت شروطه، وبالغ إبعاده إلَّا لسبب قوي تعظيماً لشأنه، ورفعاً لقدره فالنكاح عظيم الخطر جليل المقدار، لأنَّه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب، وسبب المودة والمواصلة والسكون وغير ذلك فلذلك شدد الشرع فيه فاشترط الصداق، والشهادة والولي، وخصوص الألفاظ دون البيع.

الوجه الثالث: أنَّ الأصل في السلع الإباحة حتى تملك وفي الأبضاع الحرمة حتى تعقد عليها، والقاعدة: أنَّ الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأنَّ التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلَّا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة كل ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعاً للمفسدة بحسب

الإمكان، حيث إن دفع المصلحة أولى من جلب المصلحة[1].

هذه هي المراحل السنية ـ الطبيعية ـ للإنسان حيث يكون جنيناً فتكون له أهلية الوجوب ثمَّ يلد، فتكتمل له، ثمَّ ينمو إلى أن يميز فتتم له أهلية الأداء الناقصة وحينئذٍ يصبح صاحب رضا ناقص، ثمَّ يبدأ في النضج والاكتمال إلى أن يبلغ رشيداً فتتحقق له أهلية الأداء الكاملة، فيصبح ذا رضا كامل وتستمر أهلية الأداء الكاملة مع الإنسان الرشيد إلى أن يموت إلَّا إذا تعرض لأمور سماوية، أو مكتسبة تؤثر فيها بالإعدام، أو بالإضعاف، فحينئذٍ قد ينعدم الرضا تماماً فلا يبقى له أثر، وقد ينتقص فيضعف بحيث يكون أثره محوداً. وتلك العوارض هي الجنون والإغماء والنوم، والعته والسفه والسكر[2].

وقد اتفق الأصوليون والفقهاء[3] على أنَّ المجنون[4]، والغافل والمغمى

(١) الفروق للقرافي (٣/١٤٢ ـ ١٤٥)؛ وتهذيب الفروق بهامش الفروق (٣/١٨٠ ـ ١٨٢).

(٢) وهناك بعض عوارض أخرى لا يقتضي بحثنا أن نذكره، لعدم تعلق فائدة كثيرة به، أو أنَّ الخطة تقتضي عدم ذكره هنا. فراجع تفصيل ذلك في:
كشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/٢٣٧ ـ ٢٧٦)؛ والمغني في أصول الفقه للخبازي ص (٣٦٢)؛ والتلويح على التوضيح (٢/٣٣٣).

(٣) تقويم أصول الفقه للدبوسي، مخطوطة الدار (٢٥٥ أصول الفقه) ص (١٠٣)؛ وأصول السرخسي (٢/٣٣٣)؛ ومرآة الأصول لمنلا خسرو مع حاشية الأزميري (٢/٢٣٩)؛ وكشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/٢٦٤ ـ ٢٧٩)؛ والمغني في أصول الفقه ص (٣٧٠)؛ والتلويح على التوضيح (٢/٣٣٣)؛ وحاشية التحقيق للبخاري، مخطوطة ورقة (١٣٥ ب)، وتيسير التحرير للأمير بادشاه على التحرير لابن الهمام (٢/٢٦٢ ـ ٢٦٣)؛ ومتن تنقيح الأصول، مع تعليقات سليمان عبد الفتاح ص (١٠٦)؛ وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (١/١٤٣)؛ والمستصفى (١/٨٤)؛ والإبهاج للسبكي (١/١٥٤)؛ ومنتهى السول (١/٣٤)؛ وشرح البدخشي، مع شرح الأسنوي على المنهاج للبيضاوي (١/١٣٥)؛ والمحصول للرازي، ط. جامعة الإمام محمد (١/٤٣٧)؛ والإحكام للآمدي (١/١١٤)؛ والمنخول للغزالي ص (٢٨ ـ ٣٠)؛ ونشر البنود على مراقي السعود (١/٢٣)؛ وإرشاد الفحول للشوكاني ص (١١)؛ وروضة الناظر ص (٣٠).

(٤) فالجنون ينافي أهلية الأداء، لأنَّ الجنون يزيل العقل الذي يتحقق به التمييز، فلا يتصور فهم الخطاب والعلم به بدون العقل.
انظر: كشف الأسرار (٤/٢٦٢)؛ وأصول السرخسي (٢/٣٣٣)؛ ومرآة الأصول مع حاشية الأزميري (٢/٤٣٨)؛ والمغني في أصول الفقه ص (٣٧٠)؛ والتلويح على التوضيح (٢/١٧٦)؛ والمصادر السابقة.

عليه[1]، والنائم[2] ليسوا أهلاً للأداء، لذلك لا يعتد بعباراتهم، ولا قيمة لتصرفاتهم القولية وعقودهم، وأنها في حكم العدم، لعدم التكليف وتوجه أصل الخطاب إليهم في هذه الحالات وعدم وجود أصل القصد والرضا والاختيار، ولأنَّ هذه العوارض غير مكتسبة وقد قال الله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نفساً إلاَّ وُسعَهَا﴾[3]. على أن شرط التكليف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف، لأنَّ التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال[4]. وأما تصرفات غير هؤلاء الثلاثة فمحل خلاف ونظر، لذلك نوجز القول في التعريف والحكم ولا نتجاوز الحد المرسوم لنا وهو مدى اعتبار تصرفاتهم القولية وعقودهم:

١ ـ العته:

لغة نقص العقل أو فقده، والدهشة وغير ذلك والمعتوه المدهوش[5]. وفي الاصطلاح هو: اختلال في العقل بحيث يخلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين[6]. فالمعتوه والمجنون يتفقان في أنَّ إدراكهما غير سليم، وتقديرهما غير صحيح لكنَّ المجنون فاقد العقل والتمييز، والمعتوه لم يفقد التمييز، فالجنون مرض يستر العقل، ويحول بينه وبين الإدراك الصحيح، ويصحبه هيجان واضطراب، وأمَّا العته فلا يكون معه الهيجان، وقد يكون معه تمييز فيكون حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات والعقود[7]. وأما إذا لم يكن معه تمييز فهو مجنون[8].

(١) الإغماء مثل النوم في فوت الاختيار وبطلان العبارة. انظر: كشف الأسرار (٤/٣٥١ ـ ٣٥٤)؛ وحاشية الأزميري على المرآة (٢/٤٥٤).

(٢) النوم عجز عن استعمال القدرة ولذلك ينافي العلم والاختيار، فأوجب تأخير الأداء في الفرائض، لكن عباراته بطلت. المصادر السابقة.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٦. قال ابن السبكي في الإبهاج (١/١٥٤ ـ ١٥٥): «إنَّ مقتضى التكليف الإتيان بالمأمور به على وجه الامتثال وذلك لا يتصور إلاَّ بالعلم، والغافل لا يعلمه».

(٤) الأحكام للآمدي (١/١١٤).

(٥) القاموس المحيط (٤/٢٨٩)؛ والمصباح المنير (٢/٤٠)؛ ولسان العرب مادة (عته).

(٦) تقويم أصول الفقه للدبوسي ص (٩٠٤)؛ وكشف الأسرار (٤/٢٧٤)؛ والمغني في أصول الفقه ص (٣٧٣)؛ وحاشية الأزميري على مرآة الأصول (٢/٢٣٩)؛ وأصول السرخسي (٢/٣٣٣)؛ والمصادر السابقة.

(٧) حيث ذهب بعضهم إلى أن المعتوه تسقط عنه العبارات كالصبي المميز وخالف في ذلك الآخرون ـ كما سبق ـ قال أبو زيد الدبوسي: «والعتة بمنزلة الصبا بعد عقل الصبي، لأنَّ المعتوه هو الذي اختلط كلامه... فيكون حكمه حكم الصبي إلاَّ في حق العبارات، فإنا لم نسقط به الوجوب احتياطياً..» انظر: تقويم الأصول للدبوسي، مخطوطة دار الكتب ص (٩٠٥).

(٨) انظر: التلويح مع التوضيح (٢/٣٣٧)؛ وكشف الأسرار (٤/٢٧٥)؛ والشيخ أبا زهرة، أصول =

٢ ـ السفه:

هو لغة: الخفة، والجهل، والحركة[١].

وفي الاصطلاح فقد عرفه الأصوليون بعدة تعريفات نرى أنَّ أجمعها هو أنَّ السفه: خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل والشرع[٢].

فعلى هذا فارتكاب المحظورات كشرب الخمر، والسرقة، والزنا يدخل في التعريف فيعتبر سفهاً، فيعم التعريف السفه في الدين والدنيا فيكون الفاسق سفيهاً غير أنَّ الفقهاء ـ عدا الشافعية[٣] والظاهرية[٤] ـ يقصدون بـالسفه الذي يؤدي إلى الحجر على صاحبه: السفه في المال فقط. ولذلك عرفوه بأنَّه تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل[٥]، فالسفيه ـ في اصطلاحهم ـ هو المبذر لماله في الأمور التي لا يتعلق بها نفع معقول، والذي لا يحسن القيام على تدبير ماله فينفقه فيما لا غرض فيه سوى إشباع ملذاته، مثل صرف أمواله في الملاهي، وشراء الحمامات الطيارة بثمن غال، والديك المقاتل بثمن كبير، وكالغبن الكثير في التجارة وعدم الاهتمام بها[٦].
قال القرطبي: «السفيه هو المهلهل الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه، ولا الإعطاء منها، مشبه بالثوب السفيه وهو الخفيف النسج، والبذيء اللسان يسمى سفيهاً،

= الفقه، ط. مخيمر ص (٣٢٦)؛ والشيخ العدوي، المصدر السابق ص (٥٢)، والمصادر السابقة.
وقال أبو زيد الدبوسي في التقويم ص (٩٠٣): «الجنون والعته نوع وهو عذر عدم العقل ونقصانه».

(١) القاموس المحيط (٢٨٧/٤)؛ والمصباح المنير (٢٩٩/١)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٧٩/٤).

(٢) انظر: تقويم الأدلة للدبوسي ص (٩٠٤)؛ كشف الأسرار مع أصول البزدوي (٣٧٦/٤)؛ والتلويح على التوضيح (٣٨٠/٢ ـ ٣٨١)؛ والمغني في أصول الفقه ص (٣٩٥)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (٧٩/٤)؛ والتعريفات للسيد الشريف ص (٦٤)؛ وحاشية الروض المربع (١٨٧/٥).

(٣) الأم (١٩١/٣)؛ والروضة (١٨١/٤).

(٤) المحلى لابن حزم (١٧٧/٩).

(٥) بدائع الصنائع (٤٤٦٧/٩)؛ ومختصر الطحاوي، ط. دار الكتاب العربي ١٣٧٠ هـ ص (٩٧)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (١١٤/٣)؛ والتلويح على التوضيح (٣٨٠/٢)؛ وكشف الأسرار (٢٧٦/٤)؛ ومنابع الدقائق شرح مجامع الدقائق، لأبي سعيد الخادمي، ط. استنبول ١٣٠٨ هـ ص (٢٩٥)؛ والمغني في أصول الفقه ص (٣٩٥)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٤)؛ وبداية المجتهد (٢٧٩/٢)؛ والمغني لابن قدامة (٥١٦/٤).

(٦) المصادر السابقة، وكشاف مصطلحات الفنون (٧٩/٤).

لأنَّه لا تكاد تتفق البذاءة إلَّا في جهال الناس وأصحاب العقول الخفيفة»[1].

وذهب الشافعية إلى أنَّ الصبي لا يعطى له المال بعد البلوغ إلَّا إذا تحقق فيه صلاح الدين وإصلاح المال فعلى هذا لا يدفع المال إلى الصبي الذي بلغ وهو فاسق لكنه لو تحقق الرشد ودفع له المال ثمَّ فسق لا يحجر عليه[2]، قال النووي في تعليل ذلك: «لأنَّ الأولين لم يحجروا على الفسقة، بخلاف الاستدامة لأنَّ الحجر كان ثابتاً فبقي»[3]. وأما إذا عاد التبذير وإن كان بغير فسق فيحجر عليه بأمر القاضي قال البيضاوي: «والسفيه: أن يعتاد صرف المال لغير غرض ديني، أو دنياوي مباح، كالتغابن الفاحش، والإنفاق في المحرمات، فإن قارنا أو أحدهما البلوغ استمر الحجر، فإن طرأ بعده ـ لا مجرد الفسق ـ يعيده القاضي»[4]. وذهب الظاهرية[5] إلى أنَّ السفيه هو المبذر، والتبذير هو الإنفاق فيما حرمه الله تعالى وزجر عنها قال ابن حزم: «وكل من أنفق في معصية ـ فلساً فما فوقه ـ فمردود. ونحن نفسر التبذير والإسراف. . . بالتي حرم الله تعالى وزجر عنها، ويجمعه أنَّ كل نفقة أباحها الله تعالى وأمر بها ـ كثرت أم قلَّت ـ فليست إسرافاً ولا تبذيراً. . وكل نفقة نهى الله عنها ـ قلَّت أم كثرت ـ فهي الإسراف والتبذير وبهذا جاءت الآثار وكل من أنفق في معصية ـ فلساً فما فوقه ـ مردود»[6].

هذا وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه ـ بعد اتفاقهم جميعاً على أن من بلغ سفيهاً لا يدفع أمواله إليه حتى تبلغ سنه الخامسة والعشرين ـ[7]، فذهب جمهور الفقهاء[8] ـ عدا أبي حنيفة وزفر والنخعي وابن سيرين ـ إلى إجراء الحجر عليه، في حين ذهب أبو حنيفة ومن معه إلى أنَّ من بلغ رشيداً ثمَّ اعتراه السفه، أو بلغ عمره خمساً وعشرين سنة لا يحجر عليه لسفهه.

---

(١) تفسير القرطبي (٣/٣٨٥ ـ ٣٨٦).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/١٩١ ـ ١٩٥)؛ والروضة (٤/١٨٢)؛ والغاية القصوى (١/٥١٤).

(٣) الروضة (٤/١٨٢).

(٤) الغاية القصوى (١/٥١٤).

(٥) المحلي لابن حزم (٩/١٨٥).

(٦) المحلي (٩/١٧٨، ١٩٠).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٩/٤٤٦) والمصادر السابقة.

(٨) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٩)؛ وشرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٣١٤)؛ وشرح ابن ميارة على التحفة (٢/٢٠٢)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٠)؛ والروضة (٤/١٨٢)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥١٨).

وقد استدل أبو حنيفة ومن معه لعدم الحجر عليه بالكتاب والسنة والقياس. أما الكتاب فعموم الآيات القرآنية التي تأمر بالوفاء بمستلزمات العقود قال تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا أوفُوا بالعقودِ﴾[1] وغير ذلك من الآيات التي لم تفرق بين سفيه وغيره، لأنَّ السفيه عاقل غير مجنون لكنه مبذر فهو داخل في عموم المؤمنين من غير خلاف، فإذا كان مخاطباً فلا يجوز التقييد عليه.

أما السنة فهي ما روى قتادة عن أنس بن مالك أنَّ رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته ضعف فأتى أهله نبي الله ﷺ فقالوا: يا نبي الله احجر على فلان، فإنّه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع. فقال ﷺ «إذا بايعت فقل: لا خلابه ولك الخيار ثلاثاً»[2]. وجه الاستدلال به أنَّ الرجل الذي كان يغبن في البياعات يعتبر تصرفه سفهاً لأنَّه ليس فيه إصلاح مع أنَّ الرسول ﷺ لم يحجر عليه، فلو كان الحجر وارداً للسفيه لحجر عليه.

وأما القياس فهو قياس تصرفاته المالية على إقراره بما يوجب حداً، أو قصاصاً، حيث إنَّه سائغ وينفذ عليه بهذا الإقرار بالإجماع[3]. فإذا كان هو حراً في بدنه فلماذا لا يكون حراً في ماله، وكذلك قياسها على عقود الزواج بمهر المثل، وعلى الطلاق، فكيف يكون مقيداً في أمواله ولا يكون مقيداً في هذه التصرفات.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) الحديث بهذا الوجه رواه الترمذي في سننه وقال: حسن صحيح، ورواه أبو داود، وابن ماجه.
وأصل الحديث موجود في الصحيحين والسنن بلفظ أنَّ رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنَّه يخدع في البيوت فقال: «إذا بايعت فقل لا خلابه».
وأمَّا لفظ: «ولك الخيار ثلاثاً» فرواه الحاكم في مستدركه والحميدي في مسنده، والبخاري في تأريخه، والدارقطني، وابن ماجه.
انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٣٣٧/٤)؛ ومسلم (١١٦٥/٣)؛ وسنن أبي داود مع العون (٣٩٥/٩)؛ والترمذي مع التحفة (٤٥٥/٤)؛ والنسائي (٢٢٢/٧)؛ وابن ماجه (٧٨٩/٢)؛ والموطأ ص (٤٢٥)؛ وأحمد (٨٠/٢، ١٢٩)؛ والمسند للحميدي، ط. دار الكتب العلمية بيروت (٢٩٩/٢). وراجع تلخيص الحبير (٢١/٣).

(٣) انظر المصادر الفقهية الحنفية السابقة. وراجع: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٩٧/٣)؛ والروضة للنووي (١٨٥/٤)؛ والمغني لابن قدامة (٥٢١/٤)؛ ونقل عن ابن المنذر الإجماع على ذلك (٥٢٥/٤).

ومن جهة العقل أنَّ الحجر إهدار لآدمية الإنسان، واستهـانة بحريته، وهو إنسان مخاطب بالشرع عاقل، فسلبُ ولايته على ماله بمثابة إلحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى(١). فلا يوجد شيء أعز من حريته، ومن مقتضيات حريته أن يكون مستقلاً في أمواله وإدارتها، فإذا أعطى له هذا الحق فهو يتحمل تبعة تصرفاته السيئة، كما ينال الخير من تصرفاته الجيدة، ثمَّ يترك للزمن والتجارب فتصقل نفسه بالخبرة والممارسة، وينضج فكره بالكبوة والنهوض، ويكتمل بالعثرة والوقوف والخسارة والربح(٢). وأمَّا تحديد السن الخامسة والعشرين كأقصى حد لبلوغ الرشد وبالتالي رفع الحجر عنه مطلقاً هو أنَّ هذه السن هي آخر مراحل النضج والكمال حيث يمكن أن يكون جداً فيستحي أن يحجر عليه(٣)، ولما روى عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) أنَّه قال: «ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة»(٤).

وأمَّا الجمهور فقد استدلوا بالكتاب والسنة:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وابتَلُوا اليتَامَى حتَّى إذا بلَغُوا النِّكَاحَ فإنْ آنستُم منهُم رُشداً فادفَعُوا إليهم أموالَهُم﴾(٥). والآية قد قيدت دفع الأموال إلى السفهاء بتحقق الرشد، فما دام لم يتحقق لم يجز دفع الأموال إليهم مهما طال الأمد، لأنَّ الآية لم تحدده بالزمن، فلو كان محدداً بوقت لكانت قد بينته لأنَّ البيان لا يتأخر عن وقت الحاجة(٦). ثمَّ إذا كانت هذه الآية قد قيدت دفع الأموال إليهم بتحقق الرشد الذي هو ضدَّ السفه فإنَّ آية أخرى قد دلَّت على عدم إعطائها إليهم بصريح لفظها: ﴿ولا تُؤتُوا السفهَاء أموالَكُم التي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قياماً﴾(٧). ولا يخفى أنَّ تعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق وهو السفه، أي فكأنَّه قال: ولا تؤتوا السفهاء لسفههم. ثمَّ إنَّ سياق الآيات السابقة واللاحقة يدور حول أحكام اليتامى وكيفية دفع الأموال إليهم ففي الآية الثانية من سورة النساء أمر الله تعالى بدفع الأموال إلى اليتامى البالغين، وعدم

---

(١) الهداية مع شرح العناية وتكملة فتح القدير (٣١٦/٧).

(٢) كشف الأسرار (٣٧٦/٤)؛ والشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٢٢).

(٣) انظر: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٣١٤/٧-٣١٨)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٦٥/٩).

(٤) المصادر الفقهية السابقة، والشيخ العدوي، نظرية العقد ص (٥٧).

(٥) سورة النساء: الآية ٦. وراجع تفسير القرطبي (٣٣/٥).

(٦) انظر الرسالة ص (٢١ وما بعدها)؛ والإبهاج شرح المنهاج (٢٣٤/٢).

(٧) سورة النساء: الآية ٥. وراجع تفسير القرطبي (٢٧/٥).

أكل أموالهم بقوله: ﴿وآتُوا اليتَامَى أموالَهم ولا تتبدَّلُوا الخبيثَ بالطَّيب ولا تَأكُلوا أموالَهُمْ﴾، ثمَّ بيَّن في الآية الخامسة من السورة نفسها أنَّ اليتيم البالغ إنما تعطى إليه أمواله إذا كان غير سفيه: ﴿ولا تُؤتُوا السفهَاء أموالَكُم التي جعَلَ اللَّهُ لَكُم قياماً﴾، ثمَّ بين في الآية السادسة من السورة نفسها بأنَّ السفه يزول بالرشد، وأنَّ ذلك يعرف بالاختبار فقال تعالى: ﴿وابتَلُوا اليتَامَى حتَّى إذا بلَغُوا النِّكاحَ فإنْ آنستُم منهُم رُشداً فادفَعُوا إليهم أموالَهُمْ. . .﴾ فثبت أنَّ المراد بالسفه في هذه الآيات ضد الرشد.

ثم إنَّ السفيه هو المبذر لماله دون مقتضى العقل السليم، ولا يمكن حمله على غير البالغ، لأنَّ السفه ـ كما قال الخطابي ـ اسم ذم، ولا يذم الإنسان على ما لم يكتسبه، لأنَّ القلم مرفوع عن غير البالغ(١). ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فإنْ كانَ الذي عليهِ الحقُّ سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستَطِيعَ أنْ يُمِلَّ هو فليملِلْ وليُّهُ بالعَدل﴾(٢). قال القرطبي: «قال بعض الناس: (سفيهاً) أي صغيراً وهو خطأ، فإنَّ السفيه قد يكون كبيراً. والضعيف هو الكبير الذي لا عقل له وهو المدخول العقل، الناقص الفطرة، العاجز عن الإملاء إما لعيه أو لخرسه، أو جهله بأداء الكلام. والذي لا يستطيع أن يمل هو الصغير»(٣). فهؤلاء الأصناف الثلاثة جميعاً قد أثبت لهم النص القرآني الأولياء فيقرون عنهم، ولا يخفى أن ثبوت الولي إنما يأتي في حالة كونهم محجورين لا يعتد بآرائهم فثبت أنَّ السفيه ليس له أهلية الأداء الكاملة بل يحجر عليه، وأنَّ وليه هو الذي يقوم بتدبير شؤونه المالية والإدارية.

وأما السنة فقد ورد في الحديث الصحيح: أنَّ النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال(٤). كما روي أنَّ علي بن أبي طالب أتى عثمان بن عفان فقال له: «إنَّ ابن جعفر اشترى بيعاً كذا وكذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل في بيع شريكه فيه الزبير»(٥). وجه الاستدلال به أنَّ الأثر يدل على أنَّ الحجر على من لا يحسن التصرف في ماله جائز وشائع بين الصحابة، وما

---

(١) تفسير القرطبي (٥/ ٣٠).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٣) تفسير القرطبي (٣/ ٣٨٥ ـ ٣٨٨، ٥/ ٣٠).

(٤) الحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، مع الفتح (٥/ ٦٨)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٦٣).

(٥) الأثر رواه البيهقي وابن حزم. والمحلى لابن حزم (٩/ ١٨١)؛ وتلخيص الحبير (٣/ ٤٣)؛ السنن الكبرى (٦/ ٦١).

ذلك إلَّا لأنَّهم سمعوه من النبي ﷺ. ثمَّ إن طلب علي بالحجر عليه، وموافقة عثمان عليه لولا أنَّ شريكه الزبير وعدم إنكار أحد من الصحابة عليهما لدليل على تحقق الإجماع السكوتي[1] على جواز الحجر على السفيه ولا سيما أنَّ مثل هذا الرأي قد تكرر ذكره أمام الصحابة. فقد روى ابن حزم عن طريق أبي عبيد بسنده عن ابن سيرين أنَّه قال عثمان لعلي: «ألا تأخذ على يدي ابن أخيك ـ يعني عبدالله بن جعفر ـ وتحجر عليه؟ اشترى بستين ألفاً ما يسرني أنها لي بنعلي»[2]. وكذلك روي عن عبدالله بن الزبير، وعن ابن عباس، وعن التابعين مثل الحسن والشعبي وشريح والقاسم بن محمد وربيعة وعطاء والضحاك[3].

ويمكن أن نناقش أدلة أبي حنيفة بأنَّه أولاً: لا يمكن الاستدلال بعموم الآيات بعد ورود آيات خصصت المراد وأخرجت السفهاء عن مباشرة التصرف في أموالهم إلَّا بعد إذن أوليائهم. وثانياً: أنَّ الحديث لا يدل على عدم الحجر على السفيه، لأنَّه لو كان الحجر غير جائز لأنكر عليهم الرسول ﷺ فالدليل مقلوب عليهم، قال البيهقي: «فكان النبي ﷺ حين رآه لم يره بمحل الحجر عليه، وفي ترك إنكار الحجر دليل جوازه»[4]. قال الحافظ ابن حجر: «وتعقب بأنَّه لو كان الحجر على الكبير لا يصح لأنكر عليهم، وأما كونه لم يحجر عليه فلا يدل على منع الحجر على السفيه»[5]. وذلك لاحتمال أن هذا الحكم خاص به غير أنَّ هذا الاحتمال يحتاج إلى دليل صحيح يدل عليه، لأنَّ الأصل هو أنَّ التشريع عام لكل الناس ولا خصوصية في شيء إلَّا بدليل، ويؤكد هذا العموم ما رواه الطبراني والدارقطني أن عمر كلم في البيع: «ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله لحبان بن منقذ ثلاثة أيام»[6]. وهذا الأثر وإن كان مداره على ابن لهيعة[7]، لكنه يدل على تعضيده هذا الأصل، والظاهر أنَّه ﷺ لم يحجر عليه لأنَّه لم يجد فيه ما يدعو إلى الحجر[8].

---

(١) وقد ادَّعى ابن قدامة الإجماع على ذلك فقال: «ولنا إجماع الصحابة...».
انظر: المغني لابن قدامة (٤/٥١٨ ـ ٥١٩).

(٢) المحلى لابن حزم (٩/١٨١)؛ وتلخيص الحبير (٣/٤٣).

(٣) المحلى (٩/١٨ ـ ١٨٣).

(٤) السنن الكبرى (٦/٦٢).

(٥) فتح الباري (٤/٣٣٨).

(٦) انظر: سنن الدارقطني، كتاب البيوع (٣/٥٤)؛ وفتح الباري (٤/٣٣٨).

(٧) فتح الباري (٤/٣٣٨).

(٨) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٦٢).

وأما الآثار فليس فيها حجة لسببين: -

أولهما: أن رأي الصحابي فيما فيه محل للاجتهاد لا يكون في حكم المرفوع، وبالتالي لا يكون حجة.

ثانيهما: أنَّ هذه الآثار ربما تكون دليلاً على أبي حنيفة لا له، لأنَّها تدل على أنَّ الحجر على السفيه كان شائعاً ومستساغاً ولهذا طلبه علي من عثمان، وعرضه عثمان على عليّ رضي الله عنه قال البيهقي: «وقد كان الحجر معروفاً على عهد رسول الله ﷺ من غير أن يروي عنه إنكاره»[١].

وأما القياس فيجاب عنه من وجهين:

أولاً: أنَّه لا قياس مع النص.

ثانياً: أنَّ قياس التصرفات المالية على الإقرار قياس مع الفارق، وذلك لأنَّ تنفيذ الحدود والقصاص يعتمدان على الكشف عن الجريمة، والإقرار كاشف عنها، وأمَّا المال فهو وظيفة اجتماعية طلب في انتقاله من شخص إلى آخر الرضا الكامل، كما أنَّه قوام للإنسان والمجتمع فلا يملك أحد أن يتصرف فيه تصرفاً مطلقاً عن كل قيد.

وأما قياسها على النكاح فمع الفارق أيضاً لأنَّ النكاح مما ليس من مقاصده الحقيقية المال بل هو تابع له. وأيضاً أنَّ النكاح مطلوب للإعفاف وزيادة النسل ونحو ذلك وهذه المقاصد مطلوبة للسفيه والرشيد بل السفيه يحتاج إليه أكثر من غيره. إذن فلا يقاس المالي على غيره. وأما تحديد الرشد بخمس وعشرين سنة فلا نجد له وجهاً ينهض حجة عليه قال ابن قدامة: «وما ذكره ليس تحته معنى يقتضي الحكم، ولا له أصل يشهد له في الشرع»[٢]. وأما احتمال كونه جداً أو أباً فلا يتعلق به حكم شرعي قال ابن حزم: «هبك أنه كما تقول فكان ماذا؟ ومتى فرق الله تعالى بين من يكون جداً وبين من يكون أباً في مالهما»[٣]. وإذا كان هناك تحديد فكان الأولى تحديده بأربعين سنة لقوله تعالى: ﴿حتَّى إذا بَلغَ أَشُدَّهُ وبَلَغ أربعينَ سنَة﴾[٤]. ثمَّ إنَّ احتمال كونه جداً يتحقق في السن الحادية والعشرين للمرأة مع أنَّهم لا يقولون بزوال سفهها، فالتحديد

---

(١) السنن الكبرى (٦/٦٢).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/٥٠٨).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/١٧٣ - ١٧٤).

(٤) سورة الأحقاف: الآية ١٥.

بخمس وعشرين سنة ليس له دليل[1]. وأما ما روي عن عمر فعلى فرض صحته لا يدل قطعاً على كون هذه السن سن الرشد وانتهاء السفه بها ولا على عدمه بعدها، ثمَّ إنَّ هذه الرواية عن عمر لم نر أنها قد رويت بسند صحيح أو حسن. قال ابن حزم: «ولا نعلم أحداً قال بها قبله»[2] أي قبل أبي حنيفة.

وأما أدلة الجمهور فيمكن أن نناقشها بما يأتي:

أولاً: إنَّ الآيات السابقة ليست نصاً في إيجاب الحجر على السفيه فالآية: ﴿ولا تُؤتُوا السُّفَهاء أموالَكُمْ..﴾ تدل على عدم دفع الأموال إليهم وذلك لا يوجب الحجر عليهم أو فسخ بيوعهم وإبطالها[3]. ثمَّ إنَّ الأموال في الآية هي أموال الأولياء وليست أموال السفهاء بدليل إضافتها إلى الأولياء، ولأنَّهم المخاطبون في الآية[4]. ثمَّ إنَّ المراد بالسفهاء هم الصغار والنساء ويؤيده في سياق الآية قوله تعالى في الآية نفسها: ﴿وارزُقُوهُم فيهَا واكسُوهُم﴾، لأنَّ رزق النساء والأولاد الصغار هو الذي يجب على الأولياء والأزواج، لا رزق السفيه، وكسوته لأنهما يكونان من مال السفيه[5]. وقد قال ابن عباس: أي لا تدفع مالك الذي هو سبب معيشتك إلى امرأتك وابنك وتبقى فقيراً تنظر إليهم، وإلى ما في أيديهم، بل كن أنت الذي تنفق عليهم[6]. ولو سلم كل ذلك ودلت الآيات السابقة على إثبات الحجر على السفيه فلا نسلم أنَّ المراد بالسفيه هو ما ذكروه أي من لا يصلح ماله، أو يتغابن في المعاملات، بل السفيه كما ذكره بعض المفسرين هو الصغير[7].

وأما حديث النهي عن إضاعة المال فلا يدل على إيجاب الحجر على من لا يصلح ماله بل يدل على الحرمة وهي لا تستوجب الحجر. ثمَّ إن إضاعة المال هي صبها في الطريق، أو إنفاقه في محرم كالتبذير والإسراف[8]، ولا تشمل التغابن وعدم

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم (١٧٣/٩)؛ والمغني لابن قدامة (٥٠٨/٤).

(٢) المحلى (١٧٣/٩).

(٣) بداية المجتهد (٢٨٠/٢).

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٤٨٨/١)؛ وتفسير القرطبي (٢٩/٥).

(٥) بدائع الصنائع (٤٤٦٦/٩).

(٦) تفسير القرطبي (٢٩/٥). وهذا التفسير قول الحسن وقتادة وأبي موسى الأشعري.

(٧) المصدر السابق نفسه.

(٨) المحلى لابن حزم (١٩١/٩).

إصلاح المال فقد روى البيهقي وغيره بسند صحيح أنه سئل سعيد بن جبير عن إضاعة المال؟ فقال: أن يرزقك الله تعالى مالاً فتنفقه فيما حرم عليك[1].

وأما الآثار الواردة عن علي وعثمان فلا تدل على الدعوى لأنها لا تدل على أنَّهما قاما بالحجر على ابن جعفر، فلو كان الحجر واجباً لما جاز لهما أن يمضياه[2]. ثمَّ إنَّ هذه الآثار ليس لها حكم المرفوع، لأنَّ للاجتهاد فيها مدخلاً كبيراً.

هذا والذي يظهر لي أنَّ وجهات نظر الفريقين مختلفة من حيث المبدأ، فلكل وجهة هو موليها، فالجمهور نظروا إلى المال باعتباره وظيفة اجتماعية، لا يمكن فصل مالكه عن المجتمع الذي يعيش فيه، إذن فمالكه ليس المتصرف المطلق، يتصرف فيه أنَّى شاء؟ بل لا بد أن يكون قادراً على إدارته بما يتفق ومصالح المجتمع الذي هو فرد منه، بدليل أنَّ الله تعالى أضاف أموال السفهاء إلى أوليائهم مع أنها ملك للسفهاء[3]. ثمَّ وصفها بأنَّها قيام للمجتمع في قوله تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السُّفَهَاء أموالَكُمُ التي جَعَلَ اللَّهُ لكُم قياماً﴾ فنهى عن دفع الأموال إليهم لأنَّهم ليسوا أهلاً لإصلاحها وبالتالي إفادة المجتمع منها بل أمر بحفظها وتثميرها وإصلاحها، لأنَّها قوام بقاء المجتمع، وصلاح حاله وسبب رقيه وتقدمه، فالإنسان خليفة الله في أرضه لتعميرها بالعمل الصالح، وهو مستخلف في استثمار المال بالشكل الذي يعمر الكون، فإذا لم يؤد المال دوره بل صرفه صاحبه في غير محله استحق أن يسلب منه تماماً لكن الله تعالى اقتضت حكمته أن لا يسلب منه كاملاً، بل يسلب منه حقه في إدارته وتنميته وتثميره وبذلك جمع بين حق السفيه في الملكية، وحق المجتمع ـ بما فيه السفيه ـ من الإفادة من هذا المال، وأيضاً أنَّ الحجر عليه لمنفعته، لأنَّه لو دفع إليه وهو سفيه أو ترك على حالته وهو يبذر وينفق في ملذاته دون حد معقول لأدى ذلك إلى أن يقضي على جميع أمواله في خلال فترة قصيرة ثمَّ يظل بعدها فقيراً عالة على الناس يتكفف عليهم، فحفاظاً على مصلحته البعيدة المدى حجرنا عليه ولم ندفع إليه أمواله إلَّا إذا علمنا رشده ونضجه،

---

(١) السنن الكبرى (٦/٦٣)؛ والمحلى (٩/١٩٢).

(٢) المحلى (٩/١٩٣).

(٣) قال القرطبي في تفسيره (٥/٢٩): «واختلفوا في وجه إضافة الأموال إلى المخاطبين على هذا وهي للسفهاء، فقيل: أضافها إليهم، لأنَّها بأيديهم وهم الناظرون فيها فنسبت إليهم اتساعاً كقوله تعالى: ﴿فسلموا على أنفسكم﴾ سورة النور الآية: ٦١. وقيل: أضافها إليهم لأنها من جنس أموالهم...». قال ابن قدامة في المغني (٤/٥٠٥): «وإنَّما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنَّهم قوامها ومدبروها».

إذن فليس في هذا إهدار كرامته أو آدميته، لأنَّ حقه في المال والملكية محفوظ وكل ما في الأمر ينصب عليه ولي بمثابة مستشار له في شؤونه المالية والإدارية.

وأما أبو حنيفة ومن معه رحمهم الله فقد حصروا نظرهم في زاوية قدسية حرية الإنسان وكرامته، وأنها أثمن شيء يملكها الإنسانية، فما المال وغيره إلاَّ خدمة للإنسان انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿ولقَدْ كَرَّمْنَا بني آدَمَ﴾[1]. ثمَّ إنَّ السفيه مخاطب بالتكاليف الشرعية وينفذ عليه إقراره بالحد والقصاص، ونكاحه وطلاقه إذن فلماذا لا ينفذ عليه تصرفاته المالية فما هذه بأَوْلى من الأولى.

كيفية الحجر على السفيه:

لا خلاف بين الفقهاء[2] أنَّ الصبي إذا بلغ سفيهاً يستمر الحجر عليه دون الحاجة إلى قضاء القاضي ـ خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا بلغ خمساً وعشرين سنة حيث ينتهي حجره ـ[3] وإنَّما الخلاف فيما إذا بلغ رشيداً ثمَّ عاوده السفه هل يحتاج إلى حكم القاضي لعودة الحجر عليه أم لا؟.

ذهب جمهور الفقهاء: منهم المالكية عدا ابن القاسم[4]، والشافعيةُ على الصحيح[5]، والحنابلةُ[6]، وأبو يوسف من الحنفية[7] إلى أنَّه لا يتم الحجر عليه إلاَّ بحكم الحاكم، لأنَّ السفه مما يختلف في تقديره الناس، ويحتاج في تجديده إلى الاجتهاد، إذن يفتقر إلى حكم القاضي ليرفع الخلاف في إثبات الحجر عليه، وفي إزالته وليحفظ للناس حقوقهم، وإذا حكم القاضي عليه بالحجر يتولاه هو أو من ينوب عنه في أموره.

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٧٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص (٩٧)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٦٧)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٧٩)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٤)؛ وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/٢٠٢٠٠)؛ والأم للشافعي (٣/١٩١)؛ والروضة (٤/١٨٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥٠٦)؛ والمحلى لابن حزم (٩/١٧٠...).

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٧).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٩٧ ـ ٢٩٨).

(٥) الروضة (٤/١٨٢).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٥١٩).

(٧) بدائع الصنائع (٩/٤٤٧٢)؛ وتكملة فتح القدير مع شرح العناية (٧/٣١٤...).

وذهب محمد بن الحسن الشيباني[1]، وابن القاسم من المالكيـة[2]، ووجه للشافعية[3] إلى أنَّ السفيه يصير محجوراً بمجرد ثبوت سفهه لأنَّ ذلك هو سبب حجره كالجنون.

والذي يدعمه الدليل هو الرأي الأول، لأنَّ قياس السفه على الجنون قياس مع الفارق[4]. فالجنون أمره معروف بالضرورة له آثار ظاهرة محسوسة لا يختلف حول وجوده الناس، وأنَّ الناس يدركونه بمجرد الكلام معه، بخلاف السفه الذي هو أمر خفي لا يظهر للإنسان إلَّا بعد صحبة وإجراء عدَّة معاملات معه، فلو حكمنا بحجره بمجرد عودة السفه إليه لأدى ذلك إلى الإضرار بحقوق الذين تعاملوا معه دون أن يدركوا حقيقته، فلا بدَّ إذن من إمارة معلمة لسفهه ليكون الناس على بينة من أمره وهذا إنَّما يتحقق بحكم الحاكم وانتشار هذا الخبر وسط التجار، ومن جهة أخرى أنَّ السفيه له عقل وتمييز بخلاف المجنون لذلك فالحكم عليه بالحجر لا ينكر أحد ضرره وخطورته على آدميته، كما أنَّه لا ينكر ضرر التبذير الذي هو مقدم عليه، فالمقارنة بين الضررين، وترجيح أحدهما على الآخر لا يمكن أن يحلها ويصل إلى حكم متوازن إلَّا القضاء، وأيضاً إنَّ هذه المسألة مختلف فيها بخلاف الجنون، فلا بدَّ من حكم الحاكم لرفع الخلاف فعلى هذا فالتصرفات التي تمت قبل الحكم عليه تعتبر نافذة[5].

وهنا يثور سؤال وهو أنَّ في افتقار الحكم بالسفه إلى قضاء القاضي ضرراً على السفيه حيث يتبادر في إتلاف ماله، ويعقد العقود والتصرفات قبل أن يحكم القاضي بسفهه؟.

والجواب: أنَّ ذلك يمكن تفاديه وذلك بأن يسرع أولياء السفيه، أو نحوهم بطلب الحجر عليه بمجرد ظهور الأمارات الدالة على سوء تصرفه وتبذيره.

أثر السفه في رضا السفيه

يعتبر السفه عارضاً من عوارض أهلية الأداء عند من يقول به وبالتالي يؤثر في

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٦٤/٩)؛ ومختصر الطحاوي ص (٩٨).

(٢) شرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢٠٦/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢٩٨/٣).

(٣) الروضة (١٨٢/٤).

(٤) قال ابن قدامة: «وفارق السفيه الصبي والمجنون في أنَّ الحجر عليهما يكون بغير حكم الحاكم كما يزول بغير حكمه، لأننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليه». انظر: المغني (٥١٩/٤ ـ ٥٢٠).

(٥) المغني لابن قدامة (٥١٩/٤)، والمصادر السابقة.

الرضا ويصيبه بالخلل ولذلك لا يكون كل تصرفاته نافذة، أما عند أبي حنيفة ومن معه فإنَّ رضاه سليم نافذ بعدما بلغ الخامسة والعشرين، أو بلغ رشيداً ثمَّ عاوده السفه فتكون جميع تصرفاته صحيحة نافذة إن لم يكن هناك مانع آخر[1].

وأمَّا الجمهور فقد اختلفوا في مدى صحة ونفاذ تصرفات السفيه فذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنَّ السفيه كالهازل[2] في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ، ولا يؤثر فيها الهزل كالنكاح والطلاق، والخلع، والعتاق واليمين، والنذر حيث تصح من السفيه وتنفذ دون الحاجة إلى إذن الولي. وأمَّا التصرفات التي تقبل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع والإجارة، والمضاربة والشركة، والمزارعة، والمساقاة... فحكم السفيه فيها حكم الصبي المميز فلا يصح بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته وسائر تصرفاته المالية إلاَّ بإذن الحاكم أو من ينوب عنه، فما فيه مصلحة مؤكدة يجيزه القاضي، وما لا فلا[3]. غير أنَّه استثنى من ذلك عقوده الخيرية كالوصية في وجوه الخير مثل الوصية بالحج أو نحوه، أو الوصية للفقراء، أو ببناء المساجد والمستشفيات ونحوها فإنَّها تصح من السفيه استحساناً وكان القياس أن لا تصح، لأنَّها تبرع وهو ليس أهلاً له غير أنَّ الاستحسان مبني على أنَّ الحجر على السفيه إنما شرع لمصلحته كيلا يتلف أمواله فيبقى عالة على غيره، وهذا إنَّما يتوقع في التصرفات التي تنفذ في حياته، أمَّا التصرفات التي تنفذ بعد موته فتنعدم فيها العلة الموجبة للحجر، ولا سيما أنَّ الوصية بإنشاء هذه الأعمال الخيرية فيها الكثير من مصلحته من الثواب الجزيل عند الله تعالى، والذكر الحسن عند الناس، ولهذا إذا أوصى بما ليس فيه الأجر والثواب، كالوصية ببناء كنيسة، أو لوجه من وجوه المعاصي فلا تنفذ[4].

وقد لخص الإمام محمد بن حسن الشيباني أحكام السفيه المحجور بقوله: المحجور عليه بمنزلة الصبي إلاَّ في أربعة أمور:

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٦٨/٩).

(٢) وقد بيَّن المرغيناني والبابرتي العلاقة بين السفيه والهازل من حيث إنَّ الهازل يخرج كلامه لا على نهج العقلاء لقصده اللعب به دون إرادة حقيقية اللفظ وما وضع له الكلام، لا لنقصان في العقل، وكذلك السفيه حيث يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء، لا لنقصان عقله، ولكن في الرأي والتدبير، وغلبة الهوى والشهوات الجامحة على العقل وحسن التفكير والتقدير. انظر: الهداية مع شرح العناية، وتكملة فتح القدير (٣١٨/٧ ـ ٣١٩).

(٣) الهداية مع شرح العناية (٣١٨/٧).

(٤) تكملة فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣١٨/٧).

أحدها: أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز، وفي مال المحجور عليه باطل.

والثاني: أنَّ أعتاق المحجور عليه، وتدبيره، وطلاقه ونكاحه جائز، ومن الصبي باطل.

والثالث: المحجور عليه إذا أوصى بوصيته جازت وصيته من ثلث ماله، ومن الصبي لا تجوز.

والرابع: جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه يثبت نسبه منه، ومن الصبي لا يثبت(١).

وذهب المالكية إلى أنَّ حكم السفيه حكم الصبي المميز في كل ما سبق لكنه يزيد عليه أنَّه يصح طلاقه واستلحاق النسب به، ونفيه، ويصح إقراره بالحد والقصاص(٢).

وذهب الشافعية إلى أنَّ السفيه لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي كالبيع والشراء، والإعتاق، والهبة، والنكاح، وسواء اشترى بعين، أو في الذمة، هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات فأما إذا أذن له الولي فإن أطلق الإذن له بأن قال: أذنت لك في إنشاء التصرفات فهو لغو، وإن عين له تصرفاً وقدر العوض فأصح القولين عند الغزالي الصحة، كما لو أذن في النكاح فإنَّه يصح قطعاً، وعند البغوي والنووي وغيرهما أنَّ الراجح عدم الصحة كما لو أذن للصبي لا يصح إذنه له، كما أنَّ الأصح عند الشافعية صحة اتهابه، وقبول الوصية لنفسه، وكذلك تصح منه الوصية، والتدبير على المذهب، وأما تصرفاته غير المالية كالطلاق والخلع، والظهار والرجعة، والإقرار بالنسب، ونفيه باللعان ونحو ذلك فتصح منه، إذ لا تعلق لها بالمال، وأما إقراره بدين أو جناية توجب المال فلا يصح على القول الراجح في المذهب الشافعي(٣).

(١) انظر: الأصل للشيباني، مخطوطة مكتبة السليمانية قسم طرخان سلطان برقم ٩٨، ٩٩ (جـ٢ ق ١٨٩)؛ وكشف الأسرار (١٤٩٢/٤)؛ وشرح العناية على الهداية، مع تكملة فتح القدير (٣١٨/٧ ـ ٣١٩)؛ والبحر الرائق (١٩٦/٥ ـ ١٩٨).

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٩٥/٣ ـ ٢٩٧)؛ وشرح تحفة الأحكام (٢٠٦/٢ . .) وقد ذكر تفصيلاً وأقوالاً في مذهب مالك فليراجع.

(٣) انظر تفصيل ذلك في: فتح العزيز بشرح الوجيز (٢٨٨/١٠ ـ ٢٩٠)؛ والروضة (١٨٣/٤ ـ ١٨٧)؛ وشرح المحلي على المنهاج، مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٣٠٢/٢)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٢٠٤/٢).

وذهب الإمام أحمد في إحدى روايتيه إلى أنَّ تصرفاته المالية سواء كانت بعوض أم بغير عوض لا تصح وإن أذن له الولي، وذهب في الرواية الثانية إلى صحة بيعه وشرائه إن أذن له الولي. أما وصيته وتدبيره واستيلاده وإقراره بما لا يوجب مالاً كالإقرار بالحدود والقتل فصحيحة، كما يصح طلاقه وخلعه، ولا يصح إعتاقه في رواية، وعلى الرواية الثانية تصح[1].

٣ ـ الغفلة[2]: وقد ألحق جماعة من الفقهاء: المالكية في الراجح عندهم[3]، والشافعية[4] والحنابلة[5]، وأبو يوسف ومحمد[6] ذا الغفلة بالسفيه في الأحكام السابقة وهو الذي يخدع في البيوع لقلة خبرته وضعف عقله بحيث لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن فيها[7] بل جعل بعضهم هذه الحالة نوعاً من السفه وجعل ذا الغفلة من السفهاء الذين يحجر عليهم[8] أي عرفوا السفه بما يشمل هذه الحالة [9]. وأياً كان فإنَّ هؤلاء قد ألحقوه بالسفيه أو جعلوه فرداً منه فإنما فعلوا ذلك لأنَّهما يتشاركان في فساد التقدير، وسوء التدبير، وإتلاف الأموال، وإن كان يفترق كل منهما عن الآخر في أنَّ السفيه يفعل ذلك قصداً بسبب غلبة هواه، وإشباعاً لرغباته وملذاته وأمَّا ذو الغفلة فإنَّه غير قاصد ذلك، ولا متعمد للإتلاف، والإضرار والتغابن، لكن ضعف عقله وذاكرته وعدم قدرته على الرد والبدل، والعرض والطلب، وعلى الصمود والثبات أمام المتعامل، وعدم تقديره السليم لقيمة المعقود عليه تحول دون أن يؤدي تعاقده إلى

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/٥٢٠ ـ ٥٢٦)؛ وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع (٥/١٨١).

(٢) الغفلة لغة: الذهول، وغيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، وقد استعمل فيمن تركه إهمالاً وإعراضاً كما في وقوله تعالى: ﴿وهم في غفلة معرضون﴾ سورة الأنبياء ١. انظر: القاموس المحيط (٤/٢٦) والمصباح المنير (٢/١٠٣).

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي(٣/٣٨٧).

(٤) الروضة (٤/١٨٠)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٢/٢٠٤).

(٥) المغني لابن قدامة (٤/٥٢٠).

(٦) شرح العناية مع تكملة فتح القدير على الهداية (٧/٣٢٢)؛ والمصادر السابقة.

(٧) المصادر السابقة.

(٨) الغاية القصوى (١/٥١٤). وقد يساعدهم على هذا الإطلاق المعنى اللغوي فالسفيه يستعمل في اللغة بمعنى المخدوع يقال: سفهت فلاناً عن ماله إذا خدعته عنه. انظر: لسان العرب ص (٢٠٣٤).

(٩) قال البيضاوي في الغاية القصوى (١/٥١٤): «والسفيه أن يعتاد صرف المال لغير غرض ديني، أو دنيوي مباح كالتغابن الفاحش، والإنفاق في المحرمات».

ربح، بل يؤدي إلى غبن ظاهر، فينتج عنه إتلاف أمواله، ولذلك فهو يستحق الحجر، لأنَّ العلة في الحجر على السفيه هو إضاعة الأموال وعدم إصلاحها وتثميرها فهي متحققة في ذي الغفلة، وأكثر من ذلك فإنَّ قوله تعالى: ﴿فإنْ كانَ الذي عليهِ الحَقُّ سَفيهاً أو ضَعيفاً أو لا يستَطِيع أنْ يملَّ هو فليملِلِ وليُّهُ بالعدلِ﴾[1] يدل على إيجاب الحجر عليه، لأنَّه إما داخل في معنى (سفيهاً) أو في معنى (ضعيفاً).

وذهب أبو حنيفة[2] والظاهرية[3]، ورأى داخل المذهب المالكي[4] إلى أنَّه لا حجر عليه، أما أبو حنيفة فمذهبه معروف في عدم جواز الحجر على العاقل بعد السن الخامسة والعشرين، وأمَّا المالكية على هذا الرأي فلأن ذا الغفلة لا يسمى سفيهاً ولحديث حبان بن المنقذ الذي كان يغبن في البياعات وكان في عقدته ضعف وطلب قومه أن يحجر عليه النبي ﷺ ومع ذلك لم يحجر عليه[5]. فلو كان الضعف مع الغبن يؤدي إلى الحجر لكان ﷺ قد حجر عليه، ثمَّ إن ذا الغفلة لا يدخل في قوله تعالى: ﴿ضعيفاً﴾ لأنَّه فُسر بالصغير[6]، ولا في: ﴿سفيهاً﴾، لأنه ليس بسفيه.

التحقيق في معنى السفه ثمَّ الترجيح:

يمكننا أن نقول بعد هذا العرض: إنَّ الآيات القرآنية صريحة في عدم دفع الأموال إلى السفهاء، كما أنها ظاهرة في الدلالة على أنَّ ولي السفيه هو الذي يمثله نيابة عنه، غير أنَّه أذا كانت الآيات قطعية الثبوت، وصريحة الدلالة على إثبات ذلك فإنَّ الاجتهاد وجد مكاناً خصباً في معنى الآية، وتحديد المراد بالسفيه: من هو؟ هل هو الكبير المهلل الرأي والمتغابن كما هو رأي الجمهور، أم أنَّه الصغير كما يقول به أبو حنيفة، وذلك لأنَّ كتب اللغة والتفسير تساعد على كلا المعنيين، وليس عندنا نص صريح يعتمد عليه في تفسير السفيه بأحدهما دون الآخر، ولذلك لا يمكن - في وجهة نظري - ترجيح أحد الرأيين على الآخر إلَّا بعد الوصول إلى معنى محدد للسفيه، وليس أمامي إلَّا أن نتعمق في الآيات الواردة بهذه الخصوص وسياقها ولحاقها وأن نعود إلى كتب التفسير المعتمدة لنصل إلى تحديد المراد منه.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢. وراجع تفسير القرطبي (٣/٣٨٥ - ٣٨٨، ٥/٣٠).

(٢) تكملة فتح القدير مع شرح العناية (٧/٣١٤).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/١٧٠).

(٤) الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٨٧).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) تفسير القرطبي (٣/٣٨٥).

فعندما نعود إلى كتب اللغة نرى أنَّ من بين معاني السفه: الخفة، والحركة، والجهل والضعف، ونحو ذلك[1]، ولا يمكننا تحديد أي من هذه المعاني للسفه المطلوب في الاصطلاح الشرعي إلاَّ بعد الرجوع إلى الشرع نفسه من الكتاب والسنة، وعندما نراجع القرآن الكريم نجد أنَّ لفظ «السفه ومشتقاته» قد تكرر في القرآن الكريم إحدى عشرة مرة، استعمل في نطاق العقيدة تسع مرات يراد به فيها: الحماقةُ، والجهلُ بالحقيقة، وقلَّةُ العقل وعدم المعرفة بالعاقبة. فقد وصف الله تعالى اليهود والمنافقين بالسفه بقوله: ﴿أَلَا إِنَّهم هُم السُّفَهَاءُ ولكِن لا يعلَمونَ﴾[2]، رداً عليهم حينما قالوا: ﴿أنؤمِنُ كما آمَنَ السُّفَهَاء. . .﴾[3]، والمراد أنَّهم الجهال وقليلو العقل والنضج. قال القرطبي: «وقرر الله تعالى أنَّ السفه ورقة الحلوم وفساد البصائر إنما هي في حيزهم وصفة لهم»[4]. ويقول القرآن الكريم في وصف اليهود: ﴿سيَقُولُ السُّفهاءُ مِنَ الناسِ ما ولَّاهُمْ عن قِبلتِهم التي كانُوا عليهَا. .﴾[5]، قال القرطبي: «والسفهاء جمع سفيه وهو الخفيف العقل. . . وقال المؤرِّج السفيه: البهَّات الكذاب المتعمد خلاف ما يعلم»[6]، وكذلك وصف الله تعالى قتل المشركين أولادهم خشية إملاق أو خوفاً من العار والفضائح بأنَّه سفه فقال: ﴿قد خَسِرَ الذينَ قتلُوا أولادَهُمْ سفهاً بغيرِ علم﴾[7]، أي جهلاً بدون علم، وقلة العقل، لأنَّ الذي يرزق الآباء هو ذاته يرزق الأولاد. وقال في وصف من يعرض عن دين إبراهيم ﴿وَمَنْ يـرغبُ عن ملَّةِ إبراهيمَ إلَّا مَنْ سَفِـهَ نفسَه﴾[8]. قال الزجاج: أي جهل أمر نفسه فلم يفكر فيها، وقال أبو عبيدة: المعنى: «أهلك نفسه»[9]. كما ذكر القرآن الكريم أنَّ قوم هود قالوا له: ﴿إنَّا لنرَاكَ في سفاهةٍ﴾[10]، أي قلة العقل وخفته، فرد عليهم: ﴿قال يا قوم ليسَ بي سفاهةٌ ولكنِّي

---

(1) القاموس المحيط (٤/٢٨٧)، والمصادر السابقة.

(2) سورة البقرة: الآية ١٣.

(3) سورة البقرة: الآية ١٣.

(4) تفسير القرطبي (١/٢٠٥).

(5) سورة البقرة: الآية ١٤٢.

(6) تفسير القرطبي (٢/١٤٨).

(7) سورة الأنعام: الآية ١٤٠.

(8) سورة البقرة: الآية ١٣٠.

(9) تفسير القرطبي (٢/١٣٢).

(10) سورة الأعراف: الآية ٦٦.

رسولٌ مِنْ ربِّ العالَمين﴾[1] أي لا تتفق السفاهة مع الرسالة، لأنَّ الله تعالى لا يختار لرسالته إلَّا العقلاء. وقد وصف الجنُّ كافرَهم بأنَّه سفيه: ﴿وأنَّهُ كانَ يقولُ سَفيهُنَا على اللَّهِ شَطَطاً﴾[2]. كما وصف سيدنا موسى عليه السلام الذين عبدوا العجل من قومه بأنَّهم السفهاء، لأنَّه لو كان لهم عقل لما كانوا عبدوه فقال: ﴿أتُهْلِكُنا بما فَعَلَ السُّفهاءُ منَّا﴾[3].

ففي هذه الآيات وصف الكفار بأنَّهم سفهاء وما ذلك إلَّا لقلَّة عقلهم، وخفته وجهلهم، لأنَّهم لو كان لهم عقل سليم لأدى إلى معرفة الإلّه الحق.

وأما السفه الدنيوي فقد وردت فيه آيتان أولاهما قوله تعالى في آية الدَّيْن: ﴿. . . فإنْ كَانَ الذي عليهِ الحَقُّ سفيهاً أو ضَعيفاً أو لا يستطيعَ أنْ يملَّ هوَ فليملِل وليُّهُ بالعدلِ . . .﴾[4]. وقد اختلف المفسرون في تفسير: (سفيهاً) فقال بعضهم: أي صغيراً، قال: القرطبي: وهو خطأ فإنَّ السفيه قد يكون كبيراً[5]. بل الراجح أنَّه الكبير المهلل الرأي، لأنَّ السفه ذم والصغير ليس من أهل التكليف حتى يذم[6]. ومن اللطائف أنَّ هذه الآية قد استدل بها كلا الفريقين على دعواهم، فاحتجَّ به الجمهور على وجوب الحجر حيث أمرت الآية أن يـمل عنه وليه، وما ذلك إلَّا لأنَّه محجور عليه ويكون الضمير في: ﴿فليملل وليُّهُ بالعدلِ﴾ راجعاً إلى ﴿الذي عليهِ الحَقُّ﴾.

كما احتج أبو حنيفة بأنَّ الآية قد دلَّت على جواز مداينة السفيه، يقول تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا إذا تدَاينتُم بدينٍ إلى أجَلٍ مسمًّى فاكتبُوه ـ إلى قوله تعالى ـ فإن كانَ الذي عليهِ الحقُّ سفيهاً . .﴾ فأجاز مداينة السفيه وحكم بصحة إقراره في مداينته، وإنَّما خالف بينه وبين غيره في إملاء الكتاب لقصور فهمه عن استيفاء ماله وما عليه مما يقتضيه شرط الوثيقة ثمَّ قالوا إنَّ الضمير في قوله تعالى: ﴿فليملِل وليُّهُ بالعدل﴾ راجع إلى الدين[7]. قال الجصاص: «وقد روي ذلك عن جماعة من السلف، قالوا: وغير

(١) سورة الأعراف: الآية ٦٧.

(٢) سورة الجن: الآية ٤.

(٣) سورة الأعراف: الآية ١٥٥.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٥) تفسير القرطبي (٣/٣٨٥).

(٦) تفسير القرطبي (٥/٣٠)؛ وأحكام القرآن للجصاص (١/٤٨٧).

(٧) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٨٧)، والمصادر السابقة.

جائز أن يكون المراد ولي السفيه على معنى الحجر عليه وإقراره بالدين عليه، لأنَّ إقرار ولي المحجور عليه غير جائز عليه عند أحد فعلم أنَّ المراد ولي الدين فأمر بإملاء الكتاب حتى يقر به المطلوب الذي عليه الدين»[1].

وأما الآية الثانية فهي قوله تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السُّفهاء أموالَكُمْ..﴾[2] فقد اختلف المفسرون في معناها أيضاً فقال بعضهم: هم النساء والصبيان[3]، أي غير اللاتي بلغن الرشد، وغير الذين بلغوا الرشد[4]. وقال آخرون: هم اليتامى والأولاد الصغار[5]، وقال آخرون: هم الجهال بالأحكام وقد روي عن عمر أنَّه قال: من لم يتفقه فلا يتجر في سوقنا[6].

وبعد هذا العرض هل يمكن الوصول إلى معنى يجمع هذه الأمور ويشمل كل هذه الإطلاقات؟ لقد حاول بعض الفقهاء والمفسرين الإجابة على هذا السؤال فقال الجصاص: «وقد ذكر الله تعالى السفه في مواضع منها ما أراد به السفه في الدين وهو الجهل به في قوله تعالى: ﴿أَلَا إنَّهُم هُم السُّفهاءُ﴾ فهذا هو السفه في الدين وهو الجهل والخفة»[7]. ثمَّ ذكر مثالاً للسفه في الأموال، ثمَّ عرج نحو المعنى الجامع للسفه فقال: «فمعنى الجهل شامل لجميع من أطلق عليه اسم السفيه، فالسفيه في أمر الدين هو الجاهل فيه، والسفيه في المال هو الجاهل لحفظه وتدبيره، والنساء والصبيان أطلق عليهم اسم السفهاء لجهلهم ونقصان تمييزهم، والسفيه في رأيه: الجاهل فيه، وبذيء اللسان يسمى سفيهاً، لأنَّه لا يكاد يوجد إلاَّ في جهال الناس ومن كان خفيف العقل منهم وإذا كان اسم السفيه ينتظم هذه الوجوه رجعنا إلى مقتضى لفظ الآية في قوله تعالى: ﴿فإن كانَ الذي عليه الحقُّ سفيهاً﴾ فاحتمل أن يريد به الجهل بإملاء الشرط وإن كان عاقلاً مميزاً غير مبذر، ولا مفسد، وأجاز لولي الحق أن يمليه حتى يقربه السفيه الذي عليه الحق»[8]. فعلى ضوء هذا التفسير يخرج السفيه عن كونه محجوراً عليه.

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٨٧).

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

(٣) أحكام القرآن للشافعي (٢/١٨٤)؛ وأحكام القرآن لإلكيا الهراس (٢/١٠٩).

(٤) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٨٧).

(٥) تفسير القرطبي (٥/٢٨).

(٦) تفسير القرطبي (٥/٢٨).

(٧) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٨٨).

(٨) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٨٨).

والذي نراه ظاهراً أنَّ الجهل لا يمكن أن يكون المعنى الجامع لكل معاني السفه، لأنَّ السفه قد يطلق على الكفرة المعاندين الذين لم يكن كفرهم عن جهل بل عن علم وعناد وتكبر فالمراد بقوله تعالى: ﴿أَلَا إِنَّهُم هُم السُّفهاءُ﴾ أي خفيفو العقل وليس المراد بهم الجهال، لأنَّهم كانوا يعرفون الرسول ﷺ كما يعرفون أبناءهم.

وحاول ابن حزم أن يلم شتات هذه المعاني، فقال: فإنَّ السفه في لغة العرب التي نزل بها القرآن، وبها خوطبنا، لا يقع إلَّا على ثلاثة معان لا رابع لها أصلاً:

أحدها: البذاء والسبُّ باللسان ـ وليس في هذا خلاف في أن من هذه صفته لا يحجر عليه في ماله.

الثاني: الكفر قال تعالى: ﴿أَتُهْلِكُنَا بما فَعَلَ السُّفهَاءُ منَّا﴾ أي كفرة بني إسرائيل. ولا خلاف في أن الكفار لا يمنعون من أموالهم، وأنَّ تصرفاتهم جائزة، وأنَّ قوله تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السُّفهاء﴾، وقوله تعالى: ﴿فإن كانَ الذي عليه الحقُّ سفيهاً...﴾، لم يرد به تعالى قط الكفار، ولا ذوي البذاءة في ألسنتهم.

الثالث: عدم العقل الرافع للخطاب كالمجانين والصبيان فقط. وهؤلاء بالإجماع هم الذين أراد الله تعالى في الآيتين، وأن أهل هذه الصفة لا يؤتون أموالهم، لكن يكسون فيها، ويرزقون، أو يرفق بهم في الكلام، ولا يقبل إقرارهم لكن يقر عنهم وليهم الناظر لهم فصح هذا بيقين(١).

ويمكننا أن نناقش قول ابن حزم هذا بأنَّ ادِّعاءه الإجماع على أنَّ المراد بالسفهاء، أو (سفيهاً) في الآيتين هم المجانين والصبيان غير مسلم، لاختلاف الصحابة والتابعين والمفسرين في تفسيرهما ـ كما سبق ـ ثمَّ إطلاق السفه على الصبي والمجنون مردود بما قاله الإمام الخطابي من أنَّ السفه اسم ذم، ولا يذم الإنسان على ما لم يكتسبه، والقلم مرفوع عن غير البالغ والمجنون(٢). ثمَّ إنَّ السفيه قد أطلق في آيات كثيرة، وأحاديث متعددة على الكبير غير المجنون كما رأينا. ومن جهة أخرى لا نسلم حصر ابن حزم معاني السفه في هذه الثلاثة، لأنَّ من بين معانيه الشائعة باتفاق أهل اللغة: خفة العقل، والجهل، والانخداع(٣).

---

(١) المحلى (٩/ ١٨٥ ـ ١٨٦) باختصار.

(٢) تفسير القرطبي (٥/ ٣٠).

(٣) المصادر اللغوية السابقة.

وأمَّا السنة المشرفة فقد ورد فيها لفظ «السفه ومشتقاته» كثيراً منها. ما رواه الإمام أحمد: «أنَّ صناديد قريش قالوا: ما رأينا مثل ما صبرنا عليه من هذا الرجل - وهو النبي ﷺ - سفه أحلامنا. . .»[(١)]، أي استهزأ بعقولنا وجعلها كأنَّها ناقصة. وروى أيضاً بسنده أنَّ النبي ﷺ قال: «ولكن الكبر من سفه الحق»[(٢)]. وروى أيضاً عن عائشة رضي الله عنها قالت بخصوص قصة موت النبي ﷺ: «فمن سفهي وحداثة سني أن. . . قمت ألتدم مع النساء، وأضرب وجهي»[(٣)]. ولا شك أنَّ المراد بالسفه هنا غير الصغر بدليل ذكر حداثة السن معه، وأنَّها لم تكن صغيرة عند موت الرسول ﷺ كما روى أحمد بسنده أنَّ عبد بن زمعة قال: «إني لسفيه يوم أحني في رأسي التراب أن تزوج رسول الله ﷺ سودة بنت زمعة»[(٤)] أي تصرف من كان خفيف العقل، كما روى بسنده أنَّ رجلاً قال لرسول الله: «إنَّ الذي يستأذنك - أي للعودة إلى أهله - بعد هذا لسفيه[(٥)] أي لقليل العقل.

وروى البخاري في صحيحه وغيره بسندهم عن علي رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «يأتي في آخر الزمان قوم حدثاء الأسنان، سفهاء الأحلام، يقولون من خير قول البرية، يمرقون من الإسلام كما يمرق السهم من الرمية»[(٦)]. قال الحافظ ابن حجر: «أي سفهاء العقول»[(٧)]. أي عقولهم خفيفة، ولا شك أنَّهم غير صغار بل هم كبار؛ وروى أحمد بسنده عن جابر أنَّ النبي ﷺ قال لكعب بن عجره: «أعاذك الله من إمارة السفهاء». قال: وما إمارة السفهاء؟ قال: «أمراء يكونون بعدي، لا يقتدون بهديي ولا يستنون بسنتي»[(٨)]. وروى الترمذي وابن ماجه وأحمد بسندهم أنَّ النبي ﷺ قال: «من طلب العلم ليجاري به العلماء، أو ليماري به السفهاء. . .»[(٩)]، والمراد بالسفهاء هنا: الجهال بدليل المقابلة بـ «العلماء». والأحاديث في ذلك كثيرة.

(١) مسند أحمد، ط. المكتب الإسلامي بيروت (٢/٢١٨).

(٢) مسند أحمد (١/٣٩٩).

(٣) مسند أحمد (٦/٢٧٤). والتدم: أي الطم وأضرب وجهي بشيء ثقيل يسمع وقعه.
وانظر القاموس المحيط (٤/١٧٧) مادة (الدم).

(٤) مسند أحمد (٦/٢١١).

(٥) مسند أحمد (٤/١٦).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب فضائل القرآن (٩/٩٩)؛ ومسند أحمد (١/٨١).

(٧) فتح الباري (٩/١٠٠).

(٨) مسند أحمد (٣/٣٢١).

(٩) سنن الترمذي مع التحفة، كتاب العلم (٧/٤١٤)؛ وابن ماجه، المقدمة (١/٩٦)؛ ومسند أحمد (١/١٩٠)؛ والدارمي، المقدمة (١/٨٦).

التعريف المختار للسفيه:

ونستشف مما عرضناه أنَّ السفه قد استعمل فيما ذكرناه من خفة العقل، والجهل الناشيء عنها. لذلك فالذي يظهر لنا رجحانه، أنَّ السفه هو خفة العقل مع التسرع في الأمر وهذا المعنى هو الأصل الذي يدور حوله بقية معانيه، فالكافر خفيف العقل سريع الحكم وإلاَّ لكان قد اهتدى، والصغير على فرض إطلاقه عليه خفيف العقل لعدم تكامله، وليس عنده التأني والصبر وهكذا فعلى ضوء هذا فالسفيه الذي يحجر عليه هو خفيف العقل سريع الحكم غير قائم على أمواله والمراد بخفة العقل هو كونه مضطرب الحال سيء التدبير غير ناضج الفكر والتقدير، ليس عنده الموازنة الكاملة بين مزايا النفع والضرر فيما يعرض عليه.

والمراد بسريع الحكم: كونه متسرعاً في الحكم والتعامل، غير متأن فيهما، غير مبال بما يترتب عليه، لا يقدر أن يمسك نفسه عن الإسراف والإضرار، بحيث بمجرد أن يرى شيئاً ينخدع ببريقه، ويندفع لتحقيقه، ويبادر بشتى الوسائل لكسبه مهما كان الثمن، ومهما كانت العواقب وخيمة، والنتائج غير مرضية.

والمراد بغير قائم على أمواله: أي غير مصلح لها لا يهتم بها إلاَّ بما يشبع ملذاته، بل هو مفسد لها ومبذر فيها ومهلكها، ومنفقها في غير ما يقتضيه الشرع والطبع السليم. والجزء الأول من هذا التعريف مأخوذ من معناه اللغوي أو أصل معانيه اللغوية وهو خفة العقل ينتج عنها التسرع في الحكم وعدم التدبر فيه، وأمَّا الجزء الثاني وهو «غير قائم على أمواله» فمأخوذ من قوله تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السُّفهاءَ أموالَكُم التي جعلَ اللَّهُ لَكُمْ قياماً﴾ فقد أشار إلى أنَّ عدم دفع الأموال إلى السفهاء سببه كون المال قياماً للمجتمع، وهم ليسوا أهلاً لأن يقوموا عليه ويتصرفوا فيه تصرفاً يعود بالنفع على المجتمع الذي هم عناصر فيه، ويدل على هذا التعريف حديث ابن عباس الذي قال فيه: «... فلعمري إن الرجل لتنبت لحيته، وإنَّه لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما أخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم»[1]. فعلى ضوء ما سبق أنَّ الشخص يحجر عليه إذا كان عقله خفيفاً وكان متسرعاً في الحكم والتعامل وغير قائم عليه بالإصلاح بل هو مفسد فيه ومبذر، فإذا تحققت هذه الشروط فيحجر عليه لما سبق من أدلة الجمهور ولأنَّ الله تعالى منع دفع الأموال إلى الصبي إلاَّ بعد تحقق شرطين هما بلوغ الحلم، وتحقق الرشد وليس في هذا خلاف ـ كما

---

(١) سبق تخريجه في معنى الرشد. وراجع فتح الباري (٥/٦٨).

سبق ـ فالصبي المميز لديه العقل لكنه لم يتكامل فكذلك السفيه الكبير عنده العقل لكنه خفيف، فإذا بلغ الصبي الحلم ولم يتحقق منه الرشد فهو سفيه مستمر على سفهه ولو بلغ عمره أربعين سنة أو أكثر فالتحديد بسن الخامسة والعشرين ليس عليه دليل يقبل لا من المعقول ولا من المنقول ـ كما سبق ـ ثمَّ ما الفرق بين ما استمر سفهه وبين من بلغ رشيداً ثمَّ عاوده السفه؟ فالعلة في عدم دفع الأموال إلى الأيتام هي حماية أموالهم وعدم قدرتهم على الحماية والاستثمار، فهذه العلة بعينها موجودة في السفيه. قال الطحاوي: «لم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر عن الكبير ولا عن التابعين إلَّا إبراهيم النخعي وابن سيرين»[1]. كما أنَّ حديث ابن عباس الذي قال فيه: «... فلعمري إنَّ الرجل لتنبت لحيته وإنَّه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء»[2]، فالحجر على السفيه لا يمكن إنكاره لاشتهاره بين الصحابة وعدم وصول إنكار أحد منهم إلينا كما قال البيهقي وابن قدامة[3].

وتأسيساً على ما سبق لا يشمل حكم السفيه من كان خفيف العقل لكنه لم يكن متسرعاً في الحكم والتعامل، بل كان خبيراً متأنياً عند التعامل مستشيراً غيره من العقلاء إلى أن تتحقق له المعرفة التامة بما يحيط بتصرفه الذي هو مقدم عليه من ملابسات فمثل هؤلاء لا يحجر عليهم لأنهم غير متسرعين وإن كان عقلهم خفيفاً في كثير من شؤون الحياة، لأنَّ الإنسان قد يكون مهلهل الرأي خفيف العقل في كثير من الأمور لكنه عند التعامل يحسب ألف حساب. وكذلك لا يشمل السفيه من كان ينفق أمواله في الأعمال الخيرية، لكنه وضعت الشريعة الغراء قاعدة بهذا الخصوص وهي عدم السماح له بالصدقة بجميع الأموال ثمَّ يصبح هو وذريته عالة على الناس فعند الإنفاق بجميع الأموال لا ينفذ هذا التصرف بعينه بل يرد، أو يجزأ أما الحكم عليه بالسفه فمعاذ الله فقد ورد في الخبر الصحيح: «أنَّ رجلاً أعتق ستة أعبد لم يملك غيرهم فجزَّأهم رسول الله أجزاء فأرق أربعة وأعتق اثنين»[4]. كما روى أصحاب السنن بسندهم عن جابر قال: إنَّ رجلاً جاء ببيضة من ذهب أصابها فقال: يا رسول الله خذها مني صدقة، فوالله

---

(١) فتح الباري (٥/٦٨).

(٢) سبق تخريجه عند الكلام عن الرشد. وراجع فتح الباري (٥/٦٨).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٦٢)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥١٨)، بل ادَّعى ابن قدامة الإجماع.

(٤) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣/١٢٨٨)؛ أبو داود في سننه مع العون (١٠/٥٠٠)؛ والترمذي في سنّنه مع التحفة (٤/٦٠١)؛ ومالك في الموطأ ص (٤٨٤)؛ وأحمد في مسنده (٤/٤٢٦، ٤٢٨)؛ وراجع تلخيص الحبير (٣/٩٣).

مالي مال غيرها، فأعرض عنه، ثمَّ جاءه عن ركنه الأيسر فقال: مثل ذلك. . . ثمَّ قال ﷺ: «هاتها» مغضباً فحذفه بها حذفة لو أصابه لأوجعه ثمَّ قال: يعمد أحدكم إلى ماله لا يملك غيره فيتصدق به، ثمَّ يقعد يتكفف الناس إنَّما الصدقة عن ظهر غني خذ الذي لك لا حاجة لنا به»(١). فقد أرشد النبي ﷺ في أحاديث كثيرة بأنَّ خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى(٢). وفي رواية لأحمد والدارمي أنه ﷺ قال: «لا صدقة إلَّا عن ظهر غنى»(٣). هذه هي القاعدة العامة وهي لا تمنع من أنَّ بعض الناس الذين يجدون في عقيدتهم القوة وفي أنفسهم المصابرة أن يتصدقوا بجميع أموالهم فقد روى أبو داود والترمذي والحاكم وصححاه، بسندهم عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: سمعت عمر قال: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق، فوافق ذلك مـالاً عندي فقلت: اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً، فجئت بنصف مالي. فقال رسول الله ﷺ: «ما أبقيت لأهلك؟» فقلت: مثله. قال: فأتى أبو بكر بكل ما عنده، فقال: «يا أبا بكر ما أبقيت لأهلك؟» فقال: أبقيت لهم الله ورسوله. فقلت لا أسابقك إلى شيء أبداً»(٤). فَمِنْ مثلِ هؤلاء، أو عند الضرورة وحاجة الأمة إلى مثل هذا الإيثار مثل ظروف الجهاد فإنَّ ذلك جائز. والغرض من هذا كله أنَّ الإنفاق في سبيل الله لا يعتبر إسرافاً، غير أنَّه أذا تجاوز حده فإنَّ الحاكم المسلم لا ينفذه إلَّا في حدود الثلث. كما أنَّ السفيه ـ بالمعنى الذي فسرناه ـ حتى لو حجر عليه لا يمنع عن جميع التصرفات، بل إنَّما يمنع عن التصرفات الضارة التي تتم على خلاف مقتضى الشرع والطبع، وحينئذٍ يعين عليه الحاكم قيماً لمنعه عنها قال ابن العربي: «والذي أراه من ذلك أنَّه إن تصرف بسداد نفذ، وإن تصرف بغير سداد بطل»(٥). ثمَّ إنَّ السفيه لا يشتمل معناه على المتغابن في المعاملات في المعاملات، لأنَّ الرسول ﷺ لم يحجر على حبان بن منقذ مع أنَّه كان يتغابن وفي

---

(١) رواه أصحاب السنن وأحمد والدارمي والحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وقال الحافظ ابن حجر: الحديث إمَّا صحيح وإمَّا حسن.
انظر: مسند أحمد (٢/٢٣)؛ وسنن الدارمي (١/٣٢٩)؛ وسنن أبي داود مع العون، كتاب الزكاة (٥/٩٠ ـ ٩١).

(٢) الحديث بهذا اللفظ صحيح رواه البخاري وغيره. انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الزكاة (٣/٢٦٤).

(٣) مسند أحمد (٢/٢٣)؛ وسنن الدارمي، كتاب الزكاة (١/٣٢٩).

(٤) انظر: سنن أبي داود مع العون، كتاب الزكاة (٥/٩٤)، والترمذي مع التحفة، كتاب المناقب (١٠/١٦١)؛ والدارمي، كتاب الزكاة (١/٣٢٩).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي (١/٢٥١).

عقدته ضعف[1]، والفرق بينهما أنَّ السفيه قاصد إضاعة ماله لغرض ملذاته في حين أنَّ المتغابن في المعاملات غير قاصد الغبن والضرر، لكنه نتيجة لضعف فيه، أو قلَّة خبرة، أو عدم معرفة بالمعقود عليه يقع في الغبن، فعلاج هؤلاء ليس الحجر وإنَّما هو ما أرشد إليه الرسول ﷺ من أنَّ هؤلاء يجب أن يقولوا عند التعامل: «لا خلابة» أو يقولوا: لا غش أو لا خديعة أو نحوها مما يدل على اشتراط الخيار، ويشعر العاقد الآخر بأنَّهم قليلو الخبرة، وأنَّ عندهم الضعف، وإذا قالوها ثبت لهم الخيار لمدة ثلاثة أيام كما في رواية أخرى لهذا الحديث: «ولك الخيار ثلاثاً»[2]. وإذا لم يشترط أو لم يقل ذلك فإنَّما يكون له الخيار إذا وقع في غبن فاحش، أو استغل العاقد الآخر ضعفه فحينئذٍ يكون له الخيار أيضاً.

فعلى ضوء ما سبق لا يشمل تعريف السفيه ذا الغفلة كما لا يمكن إلحاقه به لوجود فرق كبير بينهما، لأنَّ السفيه ـ كما سبق ـ قاصد إضاعة ماله وصرفه في ملذاته، وأما ذو الغفلة فلم يقصد ذلك لكنه لم يهتد إلى ما هو الأنفع، فالحكم ذلك هو ما بيَّنه النبي ﷺ في حديث حبان بن منقذ من أنَّه يقول عند التعامل: لا خلابة، ثمَّ له الخيار لمدة ثلاثة أيام، وإذا لم يقل ذلك فله الخيار إن غبن، ثمَّ إن عبء إثبات أنَّه من ذوي الغفلة يقع عليه.

ثمَّ إنَّه لا بدَّ من تفصيل في بيان سبب الغفلة، فإن كان سببها عدم الخبرة والدراية، فإنَّ ذلك لا يكون سبباً للحجر، إذ بالتعامل والخوض في غمار السوق تزول، وإن كان سببها ضعفاً في العقل ننظر، فإن بلغ إلى حد يفقد فيه التمييز بين الضرر والنفع، فهذا معتوه، أو مجنون، وإلاَّ بأن لم يفقده لكن كان يغبن كثيراً فهذا حكمه ما ذكرناه.

ومما هو جدير بالتنبيه عليه، والتنويه به أنَّه لا يمكن الربط بين ذي الغفلة عند

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث وهو حديث صحيح.

(٢) روى هذه الرواية الإمام البخاري في تاريخه والحاكم في مستدركه وابن ماجه، وتمام الحديث كما في ابن ماجه عن يحيى بن حبان قال: هو جدي، وكان رجلاً قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، وكان لا يزال يغبن فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال له: «إذا أنت بايعت فقل: لا خلابه. ثـم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها».
انظر: المسند للحافظ الحميدي (٢/٢٩٢ ـ ٢٩٣)؛ وسنن ابن ماجه، كتاب الأحكام (٢/٧٨٩).
وراجع تلخيص الحبير (٣/٢١).

الفقهاء، وبين «الغافل» عند الأصوليين نظراً لاشتقاق الكلمتين من مادة واحدة وذلك لأنَّ ذا الغفلة لدى الفقهاء ـ كما سبق ـ هو من يتغابن في المعاملات لضعف في إدراكه حيث إنَّهم قد مثلوا له بحبان بن المنقذ الذي كان قد أصابته آمَّةٌ في رأسه وفي عقدته ضعف وكان يتغابن في المعاملات ومع ذلك لم يكن يتركها فطلب قومه الحجر عليه فرفض الرسول ﷺ ذلك لكنه أرشده إلى أن يقول: «لا خلابة» وأعطاه الخيار لمدة ثلاثة أيام ـ كما سبق ـ، في حين أنَّ الغافل في عرف الأصوليين هو من لم يفهم الخطاب[1]، وقد مثلوا له بالنائم والناسي والسكران، والمجنون قال السبكي: «والصواب امتناع تكليف الغافل. . .»[2]. قال الزركشي: «يمتنع تكليف الغافل كالنائم والناسي لمضادة هذه الأمور للفهم فينتفي شرط صحة التكليف»[3]. وقال الغزالي: «تكليف الغافل عمَّا يكلف به محال، إذ من لا يفهم كيف يقال له: افهم، أمَّا ثبوت الأحكام بأفعاله في النوم والغفلة فلا ينكر كلزوم الغرامات وغيرها»، ثمَّ ذكر أمثلة في هذا الباب فمثل بالسكران، والمجنون والذي يسمع ولا يفهم[4]. وقال ابن الهمام: «مانعو تكليف المحال مجمعون على أنَّ شرط التكليف فهمه»[5]. وقال سيدي عبد الله الشنقيطي المالكي: «والمكلف: العاقل الذي ليس بغافل. . .»[6]. بل قال الآمدي: «اتفق الكل على أنَّ شرط المكلف أن يكون فاهماً

(١) انظر تفصيل مسألة الغافل في: المستصفى للغزالي (١/٨٤)؛ والبحر المحيط، مخطوطة دار الكتب (١٠١ أصول تيمور) جـ ١ ورقة (١١٠)؛ وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع للزركشي، والبدر الساطع لمحمد بخيت، ط. التمدن (١/٢٦٧ ـ ٢٠٣)؛ والمنهاج للبيضاوي، مع شرحي الأسنوي والبدخشي (١/١٣٥ ـ ١٣٨)؛ ومنتهى السول للآمدي (١/٣٦)؛ والإبهاج في شرح المنهاج (١/١٥٤)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٤٣)؛ وفتح (٣/٨٥)؛ وإرشاد الفحول ص (١١)؛ والمنخول للغزالي ص (٣٠)؛ ونشر البنود على مراقي السعود، ط. الفضالة بالمغرب ص (٢٣)؛ والإحكام للآمدي (١/١١٤)؛ والمحصول لفخر الإسلام الرازي، ط. مطابع فرزدق بالرياض، بتحقيق طه العلواني (١/٤٣٧ ـ ٤٤٨).

(٢) جمع الجوامع، مع مجموعة الشروح، المطبوعة في مطبعة التمدن بالقاهرة (١/٢٦٧).

(٣) البحر المحيط، مخطوطة الدار (١/١١٠)؛ وتشنيف المسامع على جمع الجوامع، ط. التمدن (١/٢٦٧. . .).

(٤) المستصفى (١/٢٨٤).

(٥) التحرير لابن الهمام، مع تيسير التحرير لأمير باشادة (٢/٢٤٣).

(٦) نشر البنود على مراقي السعود ص (٢٣).

لخطاب التكليف»[1]. وقال الرازي: «تكليف الغافل غير جائز للنص والمعقول»[2].

فعلى ضوء ما سبق ظهر لنا مدى الفرق الواضح والبون الشائع بين الغفلة، عند الفقهاء، والغافل عند الأصوليين فذا غير مكلف عندهم لأنَّه غير فاهم كالسكران والنائم والناسي، بل كالمجنون، وأما ذو الغفلة عند الفقهاء فهو مكلف فاهم الخطاب، لكنه مغفل يتغابن لضعف في إدراكه ونوع سوء في تقديره وتقويمه ـ كما سبق ـ

٣ ـ السكر:

السكر ـ بضم السين مع سكون الكاف وضمها، وبفتح السين مع سكون الكاف وفتحها ـ لغة مصدر سَكِرَ يَسْكَرُ، بمعنى نقيض الصحو، وستر العقل وتغطيته[3]. وقد ورد في القرآن الكريم بهذه المعاني قال الراغب الأصفهاني[4]: السكر حالة تعرض بين المرأ وعقله، وأكثره ما يستعمل في الشراب وقد يعتري من الغضب والعشق قال الشاعر:

... سُكرانِ: سُكْرُ هوى وسكر مدام».

ومنه سكرات الموت قال تعالى: ﴿وجاءَتْ سكـرَةُ الموتِ بـالحقِّ..﴾[5]. والسكر ـ بفتح السين والكاف ـ اسم لما يكون منه السكر قال تعالى: ﴿تتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَراً ورزقاً حسناً﴾[6]، وقال تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا لا تقربُوا الصلاةَ وأنتُمْ سُكَارَى﴾[7]، أي وأنتم غير صحاة ولا تدركون ما تقولون[8].

وفي اصطلاح الأصوليين والفقهاء هو: ستر العقل بتناول المواد ـ السائلة أو الجامدة ـ

---

(١) منتهى السول (١/٣٦)، والمصادر السابقة جميعاً.

(٢) المحصول لفخر الدين الرازي (١/٤٣٧ ـ ٤٤٨). ثمَّ شرح الرازي كلامه فقال: «أما النص فقوله عليه الصلاة والسلام: «يرفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق»، ـ وسبق تخرج الحديث ـ؛ وأما المعقول فهو أن فعـل الشيء مشروط بالعلم به».

(٣) انظر: لسان العرب ص (٢٠٤٧)؛ والقاموس المحيط (٢/٥٢)؛ والمصباح المنير (١/٣٠١).

(٤) المفردات في غريب القرآن ص (٢٣٦).

(٥) سورة ق: الآية ١٩.

(٦) سورة النحل: الآية ٦٧. وراجع المفردات للراغب ص (٢٣٦).

(٧) سورة النساء: الآية ٤٣.

(٨) تفسير القرطبي (٥/٢٠٠).

التي تؤثر في العقل المميز بحيث يختلط في كلامه فيغلب عليه الهذيان[١]. فالسكر يغلب العقل دون أن يزيله، وزاد أبو حنيفة بأن لا يميز بين الأشياء فلا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة[٢]، وكذلك عرفه المزني[٣]. غير أنَّ هذه الزيادة من الإمام لتنفيذ حد السكر عليه وأما في غير ذلك فهو مع الجمهور في أنَّ المعتبر عنده اختلاط الكلام[٣]. ووجهة نظره في اشتراط هذا القدر في وجوب الحد هي أنَّ الحدود تسقط بالشبهات، وأنَّ الإمام إذا أخطأ في عدم تنفيذ الحد أولى من الخطأ في تنفيذه بدون حق[٤]. قال ابن كثير: «أحسن ما يقال في تعريف السكران: هو الذي لا يدري ما يقول»[٥].

وأياً ما كان فإنَّ الأصوليين اختلفوا في تكليفه فذهب جمهورهم إلى أنَّ السكران غير مكلف، وذهب بعضهم إلى أنَّه مكلف[٦]، والتحقيق في المسألة أن من شروط التكليف الفهم، فمن لم يفهم لا يكلف، وذلك لأنَّ الإتيان بالفعل على سبيل القصد والامتثال يتوقف على العلم، ومن لم يفهم لا يقال له: افهم. وتأسيساً على هذا

---

(١) وقال بعض الأصوليين: السكر: سرور يغلب العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله.

راجع في تفصيل ذلك: كشف الأسرار للبزدوي (٣٥٢/٤)؛ وتقويم الأدلة للدبوسي ص (٩٠٥)؛ والتلويح على التوضيح (٣٦٩/٢)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (١٠٦/٣)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (١٨٧/٤)؛ والمنتهي لابن الحاجب ص (٣١)؛ ونشر البنود ص (٢٣)؛ والأم للشافعي (٢٣٥/٥)؛ والمستصفى (٨٤/١)؛ والمنخول ص (٢٨)؛ والبرهان لإمام الحرمين ص (١٠٥)؛ والمنهاج للبيضاوي مع شرح الأسنوي (١٣٧/١)؛ والإبهاج (١٥٤/١)؛ والتمهيد للأسنوي ص (١١٣)؛ والمحصول للرازي (٤٣٧/١ ـ ٤٤٧)؛ والأحكام للآمدي (١١٥/١)؛ ومنتهى السول (٣٦/١)؛ وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع والبدر الساطع (٢٦٦/١ ـ ١٨٣)؛ وشرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (٥٠٥/١، ٥٠٧، ٥٠٩)؛ والروضة لابن قدامة ص (٢٧)؛ ومختصر الطوفي ص (١٢)؛ والقواعد والفوائد لابن اللحام (ص ٣٧)؛ وإرشاد الفحول ص (١١).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (١٨٧/٤)؛ والتوضيح لصدر الشريعة (١٨٦/٢).

(٣) الأشباه للسيوطي ص (٢٣٨).

(٤) المصادر السابقة، وراجع البدر الساطع (٢٨٢/١).

(٥) استنباطاً من قوله تعالى: ﴿لا تقرَبوا الصلاةَ وأنتُم سُكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ سورة النساء ٤٣. انظر: تفسير ابن كثير (٥٠٠/١)، قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٣٩٠/٩): فإنَّ فيها ـ أي الآية ـ دلالة على أنَّ من علم ما يقول لا يكون سكراناً.

(٦) التمهيد للأسنوي ص (١١٣)؛ ومختصر القواعد للفيومي ص (٥٠٦).

فالسكران إن بلغ به السكر إلى حد لم يميز بين الأرض والسماء والأبيض والأسود فهو غير مكلف. وإذا كان الفقهاء يرتبون على قوله أو فعله آثاراً شرعية فإنَّ السبب في ذلك اختلاف نظرتي الفريقين، فالأصوليون لا ينظرون إلى ما أسكر به هل هو حلال أم حرام، وإنَّما ينظرون إلى شروط التكليف من فهم وتمييز وقصد واختيار، بالإضافة إلى أنَّه يمكن أن يكون ترتيب الآثار على تصرفاته من باب خطاب الوضع لا خطاب التكليف(١).

وأما إذا لم يبلغ به السكر إلى هذا الحد، بل بقي معه الفهم والتمييز وإن غلب على كلامه الهذيان فهو مكلف لأنَّه يفهم. وعلى المعنى الأول تحمل عبارات الأصوليين في أنَّ الصواب عدم تكليفه(٢)، قال الغزالي: «وكذلك تكليف السكران الذي لا يعقل محال كتكليف الساهي والمجنون. . . بل السكران أسوأ حالاً من النائم الذي يمكن تنبيهه»(٣). قال إمام الحرمين: «الشارب له ثلاثة أحوال:

أولاها: هزة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمر فيه ولم تستول عليه بعد، ولا يزول العقل في هذه الحالة بلا خلاف فهذا ينفذ طلاقه وتصرفاته لبقاء عقله.

والثانية: نهاية السكر وهو أن يصير طافحاً، ويسقط كالمغشي عليه، ولا يتكلم، ولا يكاد يتحرك، فلا ينفذ طلاقه ولا غيره، لأنَّه لا عقل له.

الثالثة: حالة متوسطة بينهما وهو أن تختلط أحواله وأقواله فهذا محل الخلاف. ولم يرتض الرافعي بهذا فقال: الأكثرون على أنَّ الخلاف في الحالة الثانية أيضاً»(٤).

وأمَّا الفقهاء الذين يبحثون عن الفروع فقد قالوا: إما أن يكون السكر بغير تعد منه ـ أي كان بحلال ـ كأن انغص بلقمة فلم يجد ماء فوجد خمراً فشربها فأسكر، أو نحو ذلك فهذا ليس فيه خلاف على أنَّه غير مكلف ولا يترتب على تصرفاته القولية أي أثر شرعي(٥)، وأما إذا كان سكره بحرام فهذا محل خلاف بين الفقهاء في مدى صحة

---

(١) انظر: البرهان ص (١٠٥)؛ والمستصفى (١/٨٤)؛ والبحر المحيط، مخطوطة الدار ورقة (١١١)؛ والمصادر السابقة.

(٢) انظر تفصيل ذلك في: البحر المحيط، مخطوطة الدار (١/١١١ وما بعدها) حيث أفاض فيه، والمصادر السابقة.

(٣) المستصفى (١/٨٤)؛ وكذلك قال غيره. انظر: الأحكام للآمدي (١/١١٥).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٣٨ ـ ٢٣٩).

(٥) أنظر: كشف الأسرار (٤/٣٥٤)؛ ومجموعة شروح جمع الجوامع: تشنيف المسامع والبدر الساطع =

تصرفاته سواء بلغ به السكر حداً لا يعي، أو لا فذهب الحنفية والشافعية في قول إلى أنَّ تصرفات السكران بحرام صحيحة ونافذة[١].

وذهب جماعة إلى عدم صحة تصرفاته منهم الإمام أحمد على الرأي الصحيح الذي عاد إليه، واختاره من الحنفية الطحاوي والكرخي[٢]، وحكاه صاحب النهاية عن أبي يوسف وزفر، واختاره من الشافعية المزني وابن سريج وجماعة، ونقل فيه قول مرجوح للشافعي، وهذا مروي عن عثمان وابن عباس وكثير من التابعين[٣].

وذهب جماعة ـ منهم الإمام مالك ـ إلى الفرق بين نوعية تصرفاته فقالوا بوقوع طلاقه، وبعدم لزوم بيعه ونكاحه ونحوهما[٤]، وهذا ما عليه رأي للشافعية قال إمام الحرمين: «الثالث من طرق أصحاب الشافعي: أَنَّ القولين في الطلاق والعتاق والجنايات، وأمَّا بيعه وشراؤه وغيرهما من المعاوضات فلا يصح بلا خلاف»[٥].

ووجهة نظر من قال بأنَّ تصرفاته نافذة هي أنَّ السكران يختلف عن المجنون لأنَّه متعد بسكره قال الإمام الشافعي: «ومن شرب خمراً، أو نبيذاً فأسكره فطلق لزمه الطلاق والحدود... فإن قال قائل: فهذا مغلوب على عقله، والمريض والمجنون مغلوب على عقله؟ قيل: المريض مأجور، ومكفر عنه بالمرض مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله، وهذا آثم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم، فكيف يقاس من عليه العقاب بمن له الثواب؟»[٦]. فنظرة هؤلاء في ترتيب الآثار على تصرفاته وعقوده

= (١/٢٨٠)؛ والإبهاج (١/١٥٤)؛ والبحر المحيط للزركشي، مخطوطة الدار (١/١١١)، والمصادر السابقة.

(١) انظر: كشف الأسرار (٤/٣٥٤)؛ وفتح القدير (٤/١٨٧)؛ ومختصر الطحاوي ص (١٩١)؛ والروضة للنووي (٨/٦٢)؛ ومختصر قواعد العلائي لأبي الثناء الفيومي، رسالة دكتوراة في كلية الشريعة بالأزهر للشيخ مصطفى محمود ص (٥٠٦)؛ وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع والبدر الساطع (١/٢٠٨)؛ وفتح الغفار (٣/١٠٨).

(٢) شرح الكوكب المنير (١/٥١٠)؛ وهذا ما اختاره ابن قدامة في الروضة ص (٢٧)؛ والطوفي مختصره ص (١٢)؛ وأعلام الموقعين (٤/٤٩)؛ والمغنى لابن قدامة (٧/١١٤).

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (١/١٨)؛ وتفسير القرطبي (٥/٢٠٣)؛ والقوانين الفقهية لابن جزي المالكي ص (١٩٦).

(٤) المصادر السابقة جميعها.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٣٦ ـ ٢٣٧).

(٦) الأم (٥/٢٣٥).

عقابية لوحظ فيها الردع، أي يرتدع به من يريد شرب المسكر بحيث لا يقدم عليه لكي لا يطلق زوجته وهو غير عالم بما يقول، ولا يبيع ماله دون أن يدري، وأمَّا الحنفية فنظروا إلى صدور العبارة ممن هو أهل لهـا، وقد سبق تفصيل ذلك[1].

وأما الذين ذهبوا إلى أنَّ تصرفات السكران وعقوده غير صحيحة فقالوا: إنها تعتمد على القصد والاختيار والفهم وهو لا يتمتع به، ثمَّ ناقشوا الأدلة السابقة بأنَّ الشرع قد وضع على شرب المسكر بحرام حداً مقدراً فلا يجوز الزيادة عليه، ولا النقص منه بدون دليل، فالسكران يكيفيه ردعاً الحد المقدر عليه، أما تنفيذ طلاقه وعقوده فيعتمد على الرضا والاختيار، فلا يتحول مال امرىء إلى آخر إلَّا برضاه ولا ينفذ عقده إلَّا بقصد واختيار والسكران فاقد الوعي فأنَّى يكون له ذلك؟

قال ابن القيم: «والثابت من الصحابة الذي لا يعلم فيه خلاف بينهم أنَّه لا يقع طلاقه»[2] فقد جمع البخاري في باب واحد طلاق المجنون والسكران فقال: «باب الطلاق في الإغلاق والمكره، والسكران والمجنون. . .»[3] لقول النبي ﷺ: «الأعمال بالنية»[4]، ثم روى البخاري عن علي قال: «بقر حمزة خواصر شارفي فطفق النبي ﷺ يلوم حمزة، فإذا حمزة ثمل محمرة عيناه ثمَّ قال حمزة: وهل أنتم إلَّا عبيد لأبي؟ فعرف النبي أنَّه ثمل فخرج وخرجنا معه». قال الحافظ ابن حجر: وهو من أقوى أدلة من لم يؤاخذ السكران بما يقع منه في حال سكر، وإن كانت هذه الواقعة قبل تحريم الخمر[5] قال البخاري وقال عثمان: ليس لمجنون ولا لسكران طلاق، وقال ابن عباس: طلاق السكران والمستكره ليس بجائز.[6]

وهذا هو الراجح الذي يتفق مع روح الشريعة القائمة على الدقة ووضع كل شيء بمقدار وعدم الاختلاط بين الحقوق والحـدود، وهذا مـذهب جماهـير الصحابـة والتابعين، قال الحافظ ابن حجر: «وذهب إلى عدم وقوع طلاق السكران أيضاً من التابعين عطاء وعمر بن عبد العزيز وأبو شعثاء وطاوس وعكرمة والقاسم ذكره ابن شيبة

(١) انظر الفصل الأول من هذا الباب.

(٢) أعلام الموقعين (٤/٤٨).

(٣) انظر صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٨٨).

(٤) الحديث متفق عليه، انظر صحيح البخاري مع الفتح (١/١٢)؛ ومسلم (٣/١٥١٥).

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٩/٣٩١).

(٦) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٨٨).

عنهم بأسانيد صحيحة، وبه قال ربيعة والليث وإسحاق والمزني واختاره الطحاوي، واحتج بأنَّهم أجمعوا على أنَّ طلاق المعتوه لا يقع قال: والسكران معتوه بسكره»[١].
فالأساس في عدم صحة العقود هو عدم الوعي ولذلك فالفرق بين من أزيل وعيه بسبب نفسه، ومن أزيل وعيه بسبب غيره غير مسلم وذلك لأنَّه لا تختلف أحكام فاقد العقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته، أو من جهة غيره، إذ لا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب حادثة غير متعمدة، أو من قبل نفسه كمن كسر رجل نفسه فإنَّه يسقط عنه فرض القيام، وأما ما يقال: إنَّ السكران يجب عليه قضاء صلواته وهذا دليل على بقاء تكليفه فمنقوض بأنَّ النائم يجب عليه قضاء صلواته حالة النوم مع أنه بالإجماع لا يقع طلاقه حالة نومه[٢]. قال ابن القيم: «ولا يعرف عن رجل من الصحابة أنَّه خالف عثمان وابن عباس في ذلك، ولذلك رجع الإمام أحمد إلى هذا القول بعد أن أفتى بنفوذ طلاقه فقال أبو بكر عبد العزيز في كتاب الشافي والزاد: قال أبو عبدالله في رواية الميموني: قد كنت أقول بأنَّ طلاق السكران يجوز حتى تبينته فغلب على أنَّه لا يجوز طلاقه، لأنَّه لو أقر لم يلزمه، ولو باع لم يجز بيعه»[٣].

وكذلك نقل عن عمر بن عبد العزيز أنَّه كان يرى نفوذ طلاق السكران فجاء رجل إليه فقال: طلقت امرأتي وأنا سكران فكان رأي عمر بن عبد العزيز أن يجلده ويفرق بينه وبين امرأته حتى حدثه إبان بن عثمان بن عفان عن أبيه أنَّه قال: ليس على المجنون ولا على السكران طلاق فقال عمر: تأمرونني، وهذا يحدث عن عثمان؟ فجلده، ورد إليه امرأته[٤]. قال ابن القيم: «والصحيح أنَّه لا عبرة بأقواله من طلاق ولا عتاق ولا بيع، ولا هبة، ولا وقف ولا إسلام، ولا ردة، ولا إقرار، لبضعة عشر دليلاً ليس هذا موضع ذكرها ويكفي منها قوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا لا تقربُوا الصلاةَ وأنتُم سُكَارَى حتَّى تعلَمُوا ما تقولُون﴾، وأمر النبي ﷺ باستنكاه ماعز ـ أي شم رائحة فمه ـ لما أقر بالزنا بين يديه ـ وذلك لمعرفة كونه سكراناً لا يعتد بإقراره حينئذٍ ـ وعدم أمر النبي حمزة بتجديد إسلامه لما قال في سكره: «وأنتم عبيد لآبائي» وفتوى عثمان وابن عباس ولم يخالفهما أحد من الصحابة، والقياس الصحيح المحض على زائل

---

(١) فتح الباري (٣٩١/٩).
(٢) فتح الباري (٣٩/٩).
(٣) أعلام الموقعين (٤٨/٤ ـ ٤٩).
(٤) انظر: فتح الباري (٣٩١/٩)، وقال الحافظ: «وروينا هذا الأثر في الجزء الرابع من تاريخ أبي زرعة الدمشقي».

العقل بدواء، أو بنج أو سكر هو فيه معذور بمقتضى قواعد الشريعة، فإنَّ السكران لا قصد له، فهو أولى بعدم المؤاخذة من اللاغي...»[1]. فإذا ثبت أنَّ السكران لا قصد له لا يترتب على عقوده شيء، لأنَّ القصد أساس الاختيار أيضاً وهو ركن العقد فينتفي بانتفائه يقول الشاطبي: «فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون»[2].

---

(١) أعلام الموقعين (٤/٤٩).

(٢) الموافقات (٢/٣٢٤).

المطلب الرابع
في مدى اختصاص الإنسان بالأهلية

وقد اتضح مما سبق أنَّ الرضا يتكوَّن من قصد وتمييز ـ أو أهلية الأداء ـ ولا شك أنَّ ذلك لا يتحقق إلَّا للإنسان، وهذا ما صرح به فقهاؤنا الكرام فقالوا: إنَّ الذمة التي هي مناط الأهلـية من خواص الإنسان التي يمتاز بها عن سائر المخلوقات[١]. غير أننا حينما نطلع على الكتب الفقهية نرى أنَّ بعض الجهات كجهات بيت المال والوقف تثبت لها الحقوق باسمها، وتطالب بواجبات[٢]، فهل معنى ذلك أنَّ لهذه الجهات ذمة وأهلية كذمة الإنسان على غرار ما أثبته القانون من الشخصية المعنوية لهذه الجهات العامة ونحوها من الشركات، والدوائر الحكومية؟

هذا ما ثارحوله جدل عنيف لدى الباحثين المعاصرين بين مثبتين ونافين، وأما الفقهاء المتقدمون فلم يتطرقوا إلى هذا الموضوع نظراً لأنَّ هذه التسمية حديثة لم تظهر كمصطلح فقهي له مدلوله الخاص إلَّا في فترة متأخرة كما أنَّهم لم يحتاجوا إلى هذا الفرض والتقدير لأسباب نذكرها، بعد أن نمهد لها بما وصل إليه الفقه الحديث وهو أنَّ الشخصية المعنوية التي يمنحها القانون للدولة ومؤسساتها وللهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية تعني ذمة مستقلة تعيش حياة مستقلة عن ذمم

---

(١) كشف الأسرار (٤/٢٣٨)؛ وأصول الرضي (٢/٣٣٣)؛ والمغني في الأصول ص (٣٦٢)؛ وحاشية الأزميري على مرآة الأصول لمنلاخسرو (٢/٤٣٤)، والمصادر السابقة في الأهلية.

(٢) فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (٣/٢٩٨)؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٦/٢٥٤)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/٤٣٩)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٩٤، ٢٠٢)؛ والبحر الرائق (٥/٢٥٩)؛ وتحفة المحتاج (٦/٢٨٩).

المؤسسين لها، وأهلية كاملة لاكتساب الحقوق، وأداء الواجبات في حدود الغرض الذي أنشأت لأجله، ويرسم عقد التأسيس أو نظامه حدود هذه الأهلية، ومن ثمة تنتقل الحصص التي يقدمونها إلى الذمة المالية للشركة، أو الهيئة، ولهم الحق على الشركة بهذا الاعتبار من الحصول على أنصبتهم من أرباحها، وعلى أجزاء من موجوداتها في حالة تصفيتها، ولها عن طريق ممثليها إجراء العقود، واكتساب وصف التاجر والالتزام بواجباتها المهنية، والمساءلة في مواجهة الغير مسؤولية تعاقدية أو غيرها، ويكون للشركة بهذا الاعتبار اسم خاص بها، وموطن وهو المكان الذي يوجد به مركز إدارتها، وجنسية مستقلة عن جنسية الشركاء، وباختصار فهي تتمتع بجميع الحقوق إلاَّ ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي قررها القانون، ويكون لها نائب يعبر عن إرادتها[1]. هذه هي ما نصت عليه المادتان: (٥٢، ٥٣) من القانون المدني المصري والمادة (٤٧) من القانون المدني العراقي ولم تصل التشريعات الوضعية إلى تقرير الشخصية المعنوية إلاَّ بعد تطورات استغرقت حقباً من الزمن، فلم تتبلور هذه الفكرة بشكل متكامل في القانون الروماني إلاَّ في وقت متأخر ولكن لم يعطها إلاَّ بصيغة رسمية محددة وفي حالات نادرة لا تتجاوز الشركات التي كانت الدولة تتنازل لها عن حق تحصيل الأتاوات المفروضة لها وشركات استغلال مناجم الذهب والفضة، والتي كانت تقوم في صورة توصية[2].

وأما عدا ذلك فلم يتصورها لشيء آخر، فقد كان المحشون الأوائل للقانون الروماني لم يتصوروا كون الشخص المعنوي شخصاً قانونياً قائماً بذاته منفصلاً عن ذمم

---

(١) انظر تفصيل ذلك في: أستاذنا الدكتور ثروت علي عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، ط. دار النهضة ١٩٨١ ص (٢٢٦)؛ والشركات، مذكرات مقررة على طلبة دبلوم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر سنة ١٩٧٦ م، المطبوعة على رونيو ص (٦٤ ـ ٦٨)؛ و د. السنهوري، الوسيط (١٩٦/٥)؛ وشارلزورث، قانون الشركات، ط. لندن ١٩٧٢ ص (١٣)؛ وينجتون، قانون الشركات، ط. لندن ١٩٧٣ ص (٣...)؛ وهيوبرت ليبارجنور، النظام القانوني للشركات التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية، ط. باريس ١٩٥١ ص (٢٣ وما بعدها)؛ وجيرار، مبادىء قانون الشركات الحديث، ط. لندن ١٩٦٩ ص (٨)، المشار إليه في: أستاذنا الدكتور ثروت علي عبد الرحيم، الشركات ص (٦٤ ـ ٦٨).

هذا وقد انتقد بعض الشراح ـ حسن كيره، المدخل، ط. بيروت ١٩٦٧ بند (٣٣٢) ـ الفقرة الثالثة من المادة (٥٣ م م) بأنَّ الشخص المعنوي بحكم طبيعته لا تتصور له إرادة.

(٢) المصادر السابقة.

الأشخاص المشتركين ومن ثمَّة لم يكن في خلدهم تصور ملكية لكائن قانوني جديد، منفصلة عن ملكية هؤلاء الأشخاص غير أنَّهم وصلوا إلى أنَّ الديون تقع في ذمم المشتركين بالإضافة إلى أنَّ ذمة الجماعة تضمنها، ثم تأثر بهم المحشون اللاحقون واعتبروا أنَّ أموال الشخص المعنوي ترد عليها ملكيتان ملكية الشخص المعنوي نفسه، وملكية احتياطية للجماعة المشتركة في تكوينه، فحينئذٍ يسأل الشخص المعنوي عن ديونه بصفة أصلية، ويسأل عنها الأشخاص بصفة احتياطية[1]. ثمَّ تطورت الظروف الاجتماعية والاقتصادية وبدأت مشاكل كثيرة وصعوبات جمة تظهر للدائنين للشركة كما أصبحت الكنيسة تمتلك أموالاً كثيرة فخطا الكنسيون خطوة هامة بهذا الخصوص واعتبروا الشخص المعنوي كائناً قانونياً منفصلاً عن الأشخاص الذين يكونونه[2]. ثمَّ امتدَّت فكرة الشخص الاعتباري لتشمل الدولة، والهيئات والشركات والجمعيات. . . وأصبحت كائناً قانونياً يعيش حياة مستقلة عن الأشخاص المكونين لها.

وقد كانت الدولة في البداية وراء وصول القانون إلى هذه الفكرة حيث كانت تلاقي صعوبات جمة في كيفية تحصيل الضرائب من الشركاء المكونين للشركة من حيث الإشراف عليهم، ومحاسبتهم وبالتالي أخذ الضرائب منهم ولذلك جاء الاعتراف بالشخصية المعنوية من خلال منحها بعض خصائص الشخصية الطبيعية أهمها تصور ذمة مالية لها منفصلة عن ذمم الأشخاص، ليسهل للدولة الوصول إلى تحقيق مآربها من تحصيل الضرائب بصورة ميسرة ولذلك نرى أنَّها ظهرت أوَّل مرة في الشركات التي تنازلت لها الدولة في جمع الضرائب. بالإضافة إلى تحقيق التعاون المستمر الذي لا ينتهي بعمر أحد الشركاء إذن فقد تمَّ هذا الاعتراف بحيلة قانونية[3].

وأمَّا الفقه الإسلامي فلم يعرف هذا المصطلح إطلاقاً والسبب في ذلك يعود ـ في نظرنا ـ إلى عدم حاجته إلى هذا التقدير، انطلاقاً من صياغته الخاصة في معالجة الموضوعات بموضوعية، وحلوله التي تصبغ دائماً بالجانب الديني والأخلاقي، ولذلك فلم يكن بحاجة إلى هذه الحيلة للوصول إلى تلك النتيجة، فالفقه الإسلامي مبني على عدم الفصل بين السلوك الديني، والسلوك الدنيوي، بل لا يعترف بهذه التفرقة ـ كقاعدة عامة ـ فقد جعل ذمة الإنسان مشغولة بحقوق الناس في الوقت الذي هي

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل (٢/بند ٥٨٨).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) د. ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق ص (٦٧ ـ ٦٨)؛ ومحمد صالح، شرح القانون التجاري (١/٢٨٥ ـ ٢٩٠)؛ وعبد الحي حجازي، المدخل (٢/البند ٥٨٢).

مشغولة بحقوق الله تعالى، ومزج بينهما مزجاً دقيقاً حيث جعل عبادة الله تعالى أساساً لتقويم سلوكه، وتعامله مع الآخرين، وعني بتنظيم حقوق الإنسان، والتزاماته، وعلاقته بالناس جنباً مع جنب مع تنظيمه للفرائض والواجبات، بل وما الدين إلاَّ حسن التعامل مع الخالق والمخلوقات قال تعالى: ﴿قُلْ إنَّ صَلاتِي ونُسُكي ومحيَايَ ومَمَاتِي للَّهِ ربِّ العالَمين﴾[1]، فالمؤمن لا بدَّ أن تكون حياته ومماته لله رب العالمين لا تنفصل نظرته إلى الدنيا عن نظرته إلى الآخرة، ولذلك نرى العلاقة الوطيدة التي لا تنفصم بين أمور الدنيا والآخرة، فنرى أنَّ لكل جريمة عقابين أحدهما في الدنيا، والآخر في الآخرة، كما نرى مدى التزاوج القوي بين العبادة والسلوك والتعامل في قوله تعالى: ﴿إنَّ الصلاةَ تنهَى عَنْ الفحشَاءِ والمُنْكَر...﴾[2]، فالصلاة التي تقبل هي التي تظهر آثارها على سلوك الفرد فتمنعه عن الفحشاء والمنكر اللذين يشملان الغش والخديعة، والكذب والتدليس وغيرهما، وبالمقابل جاءت الآيات التي تحمل بين ثناياها تنظيم المعاملات المالية والأسرية مبتدأة بنداء ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا...﴾ ومختتمة بربط المخاطبين بالله تعالى وحثهم على التقوى، وتخويفهم بعذاب الآخرة وتشويقهم إلى نعيمها[3].

وقد انعكس هذا الأساس على فكرة الذمة لدى الفقهاء المسلمين باعتبارها مناطاً للتكاليف الدينية، والدنيوية معاً، فمن لم يكن أهلاً لتحمل الأولى لا يكون أهلاً لتحمل الثانية ولهذا تكتمل أهلية الأداء عندما يبلغ الإنسان ويكون مكلفاً بالصلاة ونحوها[4]. فالإنسان الذي كلف بالعبادة هو نفسه كلف بتعبير الأرض والعمل المفيد، والسلوك المستقيم، بل كل ذلك داخل في نطاق العبادة بالمفهوم الإسلامي[5]، ومن

(١) سورة الأنعام: الآية ١٦٢.

(٢) سورة العنكبوت: الآية ٤٥.

(٣) مثل قوله تعالى في سورة البقرة: الآية ٢٨٢: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا إذَا تداينتُم بدَيْنٍ إلى أجَلٍ مسمًّى فاكتُبُوه...﴾، ثمَّ ختم الآية بقوله: ﴿واتَّقُوا اللَّهَ ويُعلِّمُكم الله واللَّهُ بكلِّ شيءٍ عليمٍ﴾. والآيات في ذلك كثيرة.

(٤) انظر أحكام القرآن للشافعي (٨٤/١) كيف ربط بين العبادات والمعاملات.

(٥) مفهوم العبادة في الإسلام يشمل كل عمل أريد به وجه الله تعالى لقوله تعالى: ﴿وما خَلقتُ الجِّنَّ والإنس إلاَّ ليعبُدون﴾ سورة الذاريات: ٥٦، وقوله تعالى: ﴿إنِّي جَاعِلٌ في الأرضِ خَلِيفة﴾ سورة البقرة: ٣٠ فعلى ضوء الآيتين أنَّ تحقيق العبادة للإنسان يكمن في تقوية الصلة بالله تعالى، وتعمير الكون على ضوء المنهج الذي رسمه له الخالق.

هنا اصطبغت الذمة بهذه الفكرة، ولم يمكن فصل الجانب الديني عن الجانب المادي فيها خلافاً لنظرة الفقه الوضعي إليها نظرة مادية بحتة، فجاءت نظرة الفقهاء المسلمين إليها نظرة تكليفية ـ أي من كان أهلاً لخطاب الشارع كان أهلاً لأن تكون له ذمة مالية يكلف بالواجبات المالية، ولا يوجد كائن آخر أمامنا إلَّا الإنسان ولذلك قصروا الذمة عليه[1]، وأما غيره من الجمادات كالشركات والهيئات والمؤسسات فلم يتصوروا لها الذمة، بل صرح الأصوليون بأنَّ الذمة خاصة بالإنسان[2]، وصرح بعض الفقهاء بأنَّه لا ذمة للوقف ونحوه فقد نقل ابن نجيم عن هلال الفقيه الحنفي قوله: «إذا احتاجت الصدقة إلى العمارة، وليس في يد القوم ما يعمرها فليس له أن يستدين عليها، لأنَّ الدين لا يجب ابتداء إلَّا في الذمة، وليس للوقف ذمة»[3].

وهنا يثور سؤال وهو: إذن كيف استطاع الفقه الإسلامي علاج المشاكل الناجمة عن عدم الاعتراف بها؟

للجواب في ذلك نقول: إنَّ الفقه الإسلامي وإن لم يعترف للهيئات والشركات بوجود شخصية معنوية على غرار التشريعات الحديثة لكنه وصل بطريقته إلى حلول تقترب منها حلول الفقه الوضعي من حيث الآثار والنتائج، فقد عالج الفقه الإسلامي الموضوع بشكل يكاد يقر له بنوع من استقلالية الذمة حيث قرر الفقهاء جواز الوقف على الجهة وهي أشخاص غير معينين كالفقراء، أو مصالح خيرية كالمساجد والمستشفيات ونحوها[4]. وقرر بعضهم كالشافعية[5] والحنابلة[6] وغيرهم جواز انتقال الملك إليها، فهذا دليل على انتقال الملك إلى غير الإنسان، بل أجاز بعضهم الوقف على بهيمة ويقبله المالك وينفق عليها من ريعه[7]. كما ذكر فقهاء الحنفية والشافعية أنَّه

---

(١) انظر: التلويح على التوضيح (٢/٣٢٤)؛ وكشف الأسرار (٤/٢٣٨ وما بعدها)؛ وأصول السرخسي (٢/٣٣٣)؛ والمغني في أصول الفقه ص (٣٦٢)؛ وحاشية الأزميري على مرآة الأصول (٢/٤٣٤)؛ والموافقات للشاطبي (٢/٣٣١).

(٢) انظر: كشف الأسرار (٤/٢٣٨)، والمصادر السابقة عند الكلام عن الذمة.

(٣) البحر الرائق (٥/٢٢٦)، وصرح ابن عابدين كذلك بأنَّ الوقف لا ذمة له. انظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/٤٣٩).

(٤) فتاوى قاضيخان (٣/٢٩٣)؛ روضة الطالبين (٥/٣١٩).

(٥) الروضة للنووي (٥/٣٤٢).

(٦) المغني لابن قدامة (٥/٦٠١).

(٧) الروضة (٥/٣١٨).

يجوز للقيم، أن يستدين على الوقف للمصلحة بإذن القاضي ثمَّ يسترده من غـلته[١]. فهذا دليل على أنَّ الوقف له نوع من الذمة يستدان عليها ثمَّ يسترد منها حين إدراك الغلة، وقال ابن نجيم: «أجر القيم، ثمَّ عزل، ونُصب قيم آخر فقيل: أخذ الأجر للمعزول، والأصح أنَّه للمنصوب لأنَّ المعزول أجره للوقف، لا لنفسه»[٢]. فهذا يدل على أنَّ «الوقف» من حيث هو يقبل الإجارة حيث اعتبر الإجارة له، فعلى هذا إنَّ ذمته منفصلة عن ذمة المتولي ويستنتج منه أنَّ الوقف تثبت له أهلية وجوب وإن كان لا يتولى الإجارة بنفسه، بل يتولاها ناظر الوقف[٣]. وأيضاً إنَّ المقرر عند الحنفية هو أنَّ الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين، ومع ذلك فهي لا تبطل بموت متولي الوقف فيما لو قام هو بتأجير أموال الوقف[٤]. فهذا دليل آخر على أنَّ الوقف يتمتع بنوع من الأهلية يكاد ينفصل عن متوليه وأورد ابن عابدين مثالاً آخر وهو أنَّ ناظراً على مسجد موقوف اتَّفق مع حصري ليكسو المسجد، ويكون ثمن الحصر من ريع الوقف، فعزل قبل ظهور الريع وعين آخر، فيلزم الثاني تخليص حق الحصري ودفعه له من ريع الوقف[٥]. وهذا لدليل على أنَّ جميع التزامات الناظر الأول تنتقل إلى الناظر الثاني وهذا ما عليه بقية المذاهب[٦].

وكذلك الأمر في بيت المال حيث تكاد النصوص الفقهية تصرح بتمتعه باستقلال في الذمة، فقد صرحوا بأنَّ أموال الدولة تدخل في بيت المال، وتكتب باسمه، وأنَّ له حقوقاً وعليه واجبات، فأموال بيت المال لا تدخل في ذمة الخليفة أو وزير بيت المال، وإنَّما تدخل فيه قال الماوردي: «وأما القسم الرابع فيما يختص ببيت المال من دخل وخرج فهو أنَّ كل مال استحقه المسلمون ولم يتعين مالكه منهم فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار بالقبض مضافاً إلى حقوق بيت المال سواء أدخل إلى حرزه أو

(١) انظر نص ذلك في: فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (٣/٢٩٨)؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٦/٢٥٤)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/٤٣٩)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٩٤، ٢٠٢)؛ وتحفة المحتاج (٦/٢٨٩).

(٢) البحر الرائق (٥/٢٥٩).

(٣) أستاذنا الشيخ العدوي، المرجع السابق ص (٤٨).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٩٣)؛ والبحر الرائق (٥/١٤٤ ـ ١٤٥).

(٥) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ص (٢٠٢).

(٦) انظر: شرح تحفة الحكام لابن ميارة (٢/١٣٥ وما بعدها)؛ والروضة (٥/٣٢٨ ـ ٣٥٢)؛ والمغني لابن قدامة (٥/٥٩٧ وما بعدها).

لم يدخل، لأنَّ بيت المال عبارة عن الجهة لا عن المكان، وكل من وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال، فإذا صرف في جهته صار مضافاً إلى الخراج من بيت المال سواء خرج من حرزه أو لم يخرج، لأنَّ ما صار إلى عمال المسلمين أو خرج من أيديهم فحكم بيت المال جار عليه في دخله إليه وخرجه. . .»[1]. ثمَّ أفاض في ذكر حقوق بيت المال وموارده، وما يستحق عليه من واجبات بشكل يقترب منه الفقه الحديث الذي يعترف بالشخصية المعنوية لوزارة المالية من حيث الآثار والنتائج سواء اعترف الفقه الإسلامي بهذا الإسم أو لم يعترف فإنَّ النتيجة تكاد تكون واحدة وهي أنَّ بيت المال له حقوق، وعليه واجبات والتزامات، وديون، وأنَّه جهة، لا مكان، ولا شخص[2].

وأمَّا الشركات فقد وصل فيها الفقه الإسلامي إلى بديل عن الشخصية المعنوية حيث إنَّها ـ على اختلاف أنواعها ـ تتضمن وكالة كل شريك عن صاحبه في التصرف فيما اشتركوا فيه بيعاً وشراء، واستئجاراً، وتقبلاً للأعمال، ولذلك اعتبروا في الشركاء أهلية التوكيل والتوكل[3]، وعلل ذلك العلامة المحلى فقال: «لأنَّ كلاً منهما وكيل في ماله عن الآخر»[4]. فعلى هذا يكون تصرف كل واحد منهما، أو منهم في أموال الشركة، أو في العمل المشترك أصالة عن نفسه، ووكالة عن غيره، ولهذا يشتركون فيما يترتب عليه من حقوق والتزامات[5]. بل قد قامت شركة المفاوضة عند الحنفية، والمالكية على الكفالة بجانب الوكالة، حيث يلزم كل واحد من الشركاء جميع ما يترتب على تصرفات الآخرين فمن جانب أنَّه أصيل، ومن جانب آخر وكيل وكفيل لما يقوم به شريكه[6]، فقد أجمع الفقهاء على أنَّ المالين في الشركة يخلطان حتى يصبحا مالاً واحداً لا يتميز[7]. فقد عرف الفقهاء شركة الأموال بأنَّها امتزاج أحد المالين ـ أو

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ط. التوفيقية ص (٢٤٢)؛ وراجع الخراج لأبي يوسف، ط. السلفية ص (٢٢. . .).

(٢) الأحكام السلطانية ص (٢٤٢ وما بعدها).

(٣) فتح القدير مع شرح العناية (٥/٥)؛ وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٣٧/٦)؛ والروضة (٢٧٥/٤)؛ والمنهاج مع شرح المحلي (٣٣٤/٢)؛ والمغني لابن قدامة (٤٣/٥).

(٤) شرح المحلي على المنهاج، مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٣٣٤/٢).

(٥) الشيخ علي الخفيف، الشركات ص (٢٩)؛ و د. ثروت عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٧١).

(٦) بدائع الصنائع (٦٠/٦)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٤٤)؛ وبداية المجتهد (٢٥٤/٢).

(٧) فتح القدير (٥/٥)؛ وبداية المجتهد (٢٥٤/٢)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٤٤).

الأموال ـ بالآخر بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر[١]. وبعبارة أخرى كما يقول المالكية: هي جعل الواحد الشريك اثنين أي أنَّ كل واحد منهما جعل بدل نفسه في ماله اثنين[٢]. وعرفها الفقيه المالكي ابن عرفة بأنَّها: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر»[٣]. وقد علَّل العلامة الخرشي لدخول شركة الأبدان في هذا التعريف بقوله: «... لأنَّ كل واحد منهما قد باع بعض منافعه ببعض منافع غيره مع كمال التصرف... على وجه الشيوع»[٤].

فبهذا التكييف استطاع الفقه الإسلامي أن يتخطى المشاكل التي تواجه الشركاء وأن يتفادى حاجته إلى الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للشركة، ولا يخفى أنَّ اعتبارها في الفقه الوضعي على سبيل الفرض والتقدير، ولذلك يحل محلها نائب يعبر عن إرادته (٥٣ م فقرة ٣)، بل أكثر من ذلك فإنَّ بعض فقهاء القانون الوضعي قد أخذ بهذا التكييف الشرعي للشركة في تحديد مركز الأشخاص الطبيعين من الشخص المعنوي وجعلوهم وكلاء عنه[٥]، ويقول الأستاذ الدكتور ثروت عبد الرحيم: بل إنَّ التصوير التقليدي لهذا المركز يقوم على فكرة الوكالة»[٦]. ولذلك درج القضاء على اعتبار المدير وكيلاً عنه[٧]، وإن كان قد انتقد هذا الاتجاه بأنَّ الوكالة تحتاج إلى إرادتين، والشخص المعنوي لا إرادة له[٨]. غير أنَّه قد أجيب عنه بأنَّ للشخص المعنوي إرادة جماعية مستقلة عن إرادة الأشخاص المكونين له، بل إنَّ بعضهم قد اعتبر الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي، فكما أنَّ الشخص الطبيعي يتكون من عدَّة خلايا، فكذلك الشخص المعنوي يتكون من الأفراد الذين هم بمثابة الخلايا في

---

(١) انظر: فتح القدير (٥/٥)؛ وشرح الخرشي على مختصر الخليل، مع حاشية الشيخ علي العدوي (٦/٣٧ ـ ٣٨)؛ وشرح تحفة الحكام (٢/١٢٢)؛ والروضة (٤/٢٧٥) والمغني لابن قدامة (٥/٢٠).

(٢) شرح الخرشي على المختصر (٦/٣٧).

(٣) شرح الخرشي (٦/٣٨)؛ والتاج والإكليل (٥/١١٧).

(٤) شرح الخرشي مع حاشية العلامة العدوي (٦/٣٨).

(٥) د. ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق ص (٧١)؛ وحسن كيره، المرجع السابق فقرة (٣١٧)؛ ومحمد صالح، المرجع السابق (١/فقرة ١٨٢).

(٦) د. ثروت، المرجع السابق ص (٧٢).

(٧) محسن شفيق، الوجيز (٢/بند ١٩١).

(٨) انظر في عرض هذه النظرية ومناقشتها: د. عبد الحي حجازي، المدخل (١/فقرة ٦٣٧)؛ وحسن كيره، المرجع السابق (بند ٣١٧).

تكوينه[1]، ومهما كان من أمر فإنَّ الفقه الوضعي لا يهدر دور الأشخاص المكونين للشخص المعنوي، ولا يهمل إرادتهم، وبذلك يقترب من الفقه الإسلامي الذي أعطى الاعتبار الأول والأخير للأشخاص باعتبارهم وكلاء متضامنين، أي أنهم بنيان قانوني واحد ينوب كل واحد مقام الآخر في تحقيق أهداف الشركة، ويلزمه ما التزم به الآخر.

وحتى ولو سلم عدم التقارب بين الفقهين فإنَّ هذا شيء طبيعي ـ كما سبق ـ نظراً لما يتمتع به كل واحد منهما من أسلوب خاص في معالجة الأمور، فالفقه الإسلامي ـ نظراً لكون الصبغة الدينية والأخلاقية تسوده ـ حصر مفهوم الذمة والأهلية في الإنسان ـ لما سبق ـ ولكنه مع ذلك فلا نرى مانعاً في تقرير الشخصية المعنوية للهيئات العامة كالدولة ومؤسساتها وكبيت المال، والوقف، وللشركات ما دام لم يكن في تقريرها تصادم مع نص شرعي فقد قال الرسول ﷺ: «الحكمة ضالة المؤمن حيثما وجدها فهو أحق بها»[2]، فيمكن تفسير التفريعات السابقة التي ذكرنا بعضها في الوقف وبيت المال بأنَّ هذه الجهات تتمتع بنوع خاص من الأهلية والذمة، كما أنَّ الذمة ـ كما سبق ـ أمر اعتباري وفرض فقهي لذلك فما المانع أن تمنح لمثل هذه الجهات بشكل يتفادى فيه أي تعارض مع قواعد الشريعة الغراء، ولذلك ذهب كثير من الباحثين المعاصرين[3] إلى عدم الممانعة من الاعتراف بالشخصية المعنوية ومنحها لمثل هـذه الجهات والشركات ما دامت الحاجة تدعو إليه تسهيلاً للمعاملات وتيسيراً على مرونة النظام التجاري والاقتصادي.

---

(1) المصادر السابقة، و د. محسن شفيق، الوجيز (٢/ بند ١٩١).

(2) رواه ابن ماجه وغيره. انظر: سنن ابن ماجه، كتاب الزهد، باب الحكمة (١٣٩٥/٢).

(3) الأستاذ الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص (٢٣٧)؛ والأستاذ الشيخ أبو زهرة، المصدر السابق ص (٣٠٥ ـ ٣٠٧)؛ والأستاذ الدكتور الشيخ محمود العدوي؛ المصدر السابق ص (٤٩).

ويقول الأستاذ الخفيف رحمه الله، المصدر السابق ص (٢٣٧): «وهكذا نجد كثيراً من أحكام بيت المال والمنشآت أنَّ المرجع فيها إلى ما لها من حقوق يجب أن تصل إليها وما يطلب من حقوق تجب للغير من مالها وإلَّا فكيف يدار مستشفى ـ مثلاً ـ وقفه مالكه ووقف معه لإدارته أعياناً أليس يحتاج في إدارته إلى أطباء وصيادلة وممرضين ومستخدمين وكل هؤلاء يستحقون الأجر على أعمالهم من قبل المستشفى وأعيانه، وإن شئت قلت: في غلة تلك الأعيان، ثمَّ أليس يحتاج كذلك إلى أن يُشترى له كثيرٌ من الأساس والأدوات، والعقاقير الطبية، وعندئذٍ لا يطالب إلَّا الناظر باعتباره ولياً على المستشفى وموكلاً عليها. لذلك فالشافعية والمالكية قد أثبتوا التملك لهذه الجهات، وبهذا التملك قد أثبتوا لها الذمة إذ لا يملك إلَّا من له ذمة».

والخلاصة أنَّ الفقه الإسلامي لم يقرر الذمة لغير الإنسان بناء على هذه النظرة السابقة، لكنه استطاع علاج الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية حيث كيَّف الوقف وبيت المال، والشركات تكييفاً يقترب منه تكييف الفقه الوضعي من حيث النتيجة وقدم لها حلولاً جذرية حالت دون حاجته إلى الاعتراف بالشخصية المعنوية. ومن جهة أخرى أنَّ الشخصية المعنوية قد تمت ـ كما سبق ـ بحيلة قانونية لم يحتج إلى الركون إليها الفقه الإسلامي، وذلك لأنَّ المسؤولية فيه دينية لا تنتهي بمجرد فصل بعض المال لتتكون له مع أموال أشخاص آخرين ذمة مستقلة عن ذمتهم فمثلاً لو أفلست الشركة ـ مهما كان نوعها ـ وضاعت أموالها فلا تبرأ ذمم الشركاء عن ديون الشركة في نظر الفقه الإسلامي، بل تبقى ذممهم مشغولة أمام الله تعالى إلى أن تؤدى جميع ما عليهم من الديون، فالشركاء لا يستطيعون فصل ذممهم الشخصية عن الشركة مطلقاً. وعلى هذا لو اعترفنا بالشخصية المعنوية فلا بدَّ من مراعاة القواعد المرعية التي تحكم هذا الفقه.

المبحث الثاني

أركان الرضا(*) في القانون

نستشف من التعريف الذي أوردناه سابقاً للرضا أنَّه له ركنين: القصد، والتمييز، وذلك لأنَّ ماهيته لا تتحقق بدونهما، فإذا لم يوجد قصد لم يتحقق الرضا، وكذلك من لم يكن له تمييز وإدراك لا يتصور منه الرضا والإرادة، فالرضا ينعدم بعدمهما، ويوجد بوجودهما ولذلك لا يدخل في أركانه ما هو خارج عن عناصر تكوينه وإن كان يؤثر عدم وجوده فيه بالنقص والتعييب، لا بالهدم والإعدام.

هذا وقد أشار إلى هذين الركنين حكم لمحكمة النقض المصرية في ١٩٣٤/٣/٨[١] حيث نص على: «أنَّ المقصود بالرضا الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده». ثمَّ لم يكتف بهذا القدر بل عرج نحو توضيح المراد بهذين العنصرين فنطق بأنَّ: «الغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه، وأما كونه يقصده فالغرض بيان ألَّا بدَّ من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام». ثمَّ جاءت الأحكام القضائية الحديثة تترى لتدعم هذا البنيان حيث قضت محكمة النقض في حكم حديث لها في ١٩٨١/١٢/٨: «بأنَّ طلاق السكران لا يقع لانتفاء القصد الصحيح»[٢].

(*) سبق أن أوضحنا أنَّ «الرضا» غير التراضي، فالتراضي يتكون من رضاءين والرضا ماهيته مفردة وليست واقعة مزدوجة.

(١) المنشور في مجموعة عمر الأولى برقم (١٦٩) ص (٣٢٩).

(٢) نقض ١٩٨١/٢/٨ طعن ٣١ س ٥٠ ق. وحكم آخر في هذا المعنى في ١٩٨٠/٢/١٣ طعن ٢٨ س ٤٨ ق، ونقض في ١٩٧٤/١/١ طعن ٥٣، ٥٧ س ٣٨ ق مشار إليه في مجموعات المكتب الفني سنة ٢٤ ص (٧٧٢)؛ ونقض آخر في ١٩٧٩/٣/١٥ طعن ٤٥٠ سنة ٤٦ ق.

فعلى ضوء هذا أنَّ العناصر الأساسية للرضا ومكوناته شيئان هما: القصد والتمييز وحولهما يدور هذا المبحث بقدر ما يتعلَّق به بحثنا.

أولاً ـ القصد:

وهو العزم على إحداث أثر قانوني، وقد سبق ما يتعلق به فلا نعيد[1] ما سبق أن ذكرناه غير أنَّ كل ما نريد أن نؤكد عليه هنا هو أنَّ القصد المعتبر في العقود والذي هو أحد ركني الرضا هو القصد الجدي ـ أي القصد المتجه نحو ترتيب الأثر القانوني بالفعل، ومن هنا يخرج عنه القصد الصوري[2] والقصد الهازل أو الساخر، أو التمثيلي، كما خرج عنه القصد الأدبي الذي ينشأ في نطاق المجاملات.

---

(١) راجع ص (٢٣٩) من هذه الرسالة.

(٢) الصورية هي: الاتفاق على إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانوني كاذب، وهي نوعان الصورية المطلقة وهي ما إذا لم يكن للعقد وجود قانوني على الإطلاق، كأن يقصد منها المدين عرقلة التنفيذ الذي مشى الدائن في إجرائه فيحرر عقداً لأخر بالبيع ظاهراً ولكنه لم يرده مطلقاً في الحقيقة، ولهذا يحرر هو والمشتري الذي لم تنصرف إرادته إلى الشراء ورقة الضد يثبتان فيها ذلك كله.

والصورية النسبية هي ما إذا أنشأ الطرفان عملاً أراداه وقصداه ولكن وضعا له مظهراً غير المظهر المقصود، فيبتغيان من ورائه ستر العمل الحقيقي كأن يستر العاقدان عقد الهبة بستار عقد البيع في الظاهر. ويقول ديموج (١/٢٥٩): إنَّ هذه النظرية لم تظهر إلَّا في أواسط القرن التاسع عشر، ولذلك لم يضع الشارع الفرنسي مادة خاصة لها، بل يجد الإنسان بعض أحكامها مبعثرة في عدَّة مواد متفرقة مثلاً نجد في المادة (١٣٢١ م ف) ما يدل على: «أن العقود المستترة لا تنتج آثارها إلَّا بين العاقدين، ولا يكون لها من أثر ضد الغير».

ويقول فريبر ـ أحد فقهاء القانون الفرنسي القديم ـ: «إنَّ الصورية طريق ملتو يلجأ إليها المتعاقدون ليأخذوا بالشمال ما أعطوه باليمين... وإنَّها تحاك بمهارة للخداع والغش».

وأما القانون المصري الحالي فقد تناولها في المادتين (٢٤٤، ٢٤٥) حيث نصت المادة (٢٤٤ م م) على أنَّه: «١ ـ إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين، وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢ ـ وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين». كما نصت المادة (٢٤٥ م م) على أنَّه: «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد =

ثانياً ـ التمييز:

وهو قوّة في الإنسان يستطيع بها إدراك الأشياء على حقيقتها والتفرقة بين المضار والمنافع، والمراد هنا: إدراك حقيقة ما يقدم عليه من التصرفات ومعرفة ما يترتب عليه من نتائج في الجملة، والقدرة على التفرقة بين التصرفات الخاسرة والرابحة.

والتمييز بهذا المعنى هو مناط أهلية الأداء والتعاقد، وقد نص المشروع التمهيدي على أنَّ الأهلية تسير مع التمييز، توجد بوجوده، وتنعدم بعدمه(1). ثمَّ إنَّ التمييز صفة تتأثر بعوامل داخلية وخارجية، فتتأثر بمدى القوَّة العقلية والحسية، ولذلك يجعل شذوذ التصرفات، وسوء الإدارة علامات على انتقاص الأهلية، وبالتالي عدم سلامة التمييز

= ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي».
انظر في تفصيل الصورية: أحمد مرزوق، رسالته الدكتوراه بحقوق القاهرة بعنوان، نظرية الصورية في التشريع المصري المقارن سنة ١٩٥٧ ص (٥ وما بعدها)؛ وجوسران، المصدر السابق (١٦٥/٢)؛ ومحمد نصر الدين، المصدر السابق ص (٢١٠).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري الحالي (٣٥/١). ويراجع في تفصيل ما يتعلق بالأهلية: د. السنهوري، الوسيط (٣٤١/١ ـ ٣٧٧)؛ والموجز في النظرية العامة للعقد ص (٤٥، ٧٩)؛ و د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص (٥٠)؛ ونظرية الحق، الطبعة الثانية ص (٥٦ وما بعدها)؛ و د. حسام الدين الأهواني، مقدمة القانون المدني نظرية الحق ص (٣٠ ـ ٢٢٧)؛ و د. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، ط. دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥١ ص (٦٥)؛ و د. عبد المنعم الصده، مبادىء القانون، ط. دار النهضة ١٩٧٧ ص (٢٣٧...)؛ والمستشار أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل (١٢٨/١ ـ ١٥٥، ٢٧١ ـ ٢٨٨)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٦٣)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٦٦)؛ و د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، ط. ١٩٧٥ ص (١٦٢)؛ ونظرية البطلان ص (٢٥٣)؛ و د. حسين النوري، نظرية العقد ص (٥٥)؛ ومصادر الالتزام ص (١٥١)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مبادىء العلوم القانونية، ط. دار وهدان ص (٢٤٢).
وراجع فيما يتعلق بالقانون العراقي: د. الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (١٠١/١ ـ ١٠٩)؛ و د. مالك دوهان، شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام (٢٧٦/١ ـ ٢٨٨)؛ و د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١٥٤/١ ـ ١٦٥)؛ والوجيز في العقود المسماة ص (٦٢ ـ ٦٧)؛ و د. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، ط. نهضة مصر ص (٣٤ ـ ٣٩).

والرضا، وقد أولى المشرع المصري عناية فائقة بالأهلية، حيث خصص لأحكامها المواد من (٤٤) إلى (٥٣) ومن (١٠٩) إلى (١١٩) من القانون المدني، بالإضافة إلى قانون الولاية على المال المرقم (١١٩) الصادر في ٣٠ يوليه ١٩٥٢.

والإنسان بالنسبة للأهلية إما كامل التمييز أو فاقده أو ناقصه، وعلى ضوئه يقسم الرضا إلى الأنواع الثلاثة أنفسها.

الأول: كامل التمييز:

وهذا إنَّما يتحقق إذا كان الشخص بالغاً عاقلاً رشيداً، وقد حدد القانون المصري سن الرشد بإحدى وعشرين سنة، فمن بلغ هذا العمر وكان يتمتع بقواه العقلية والحسية، ولم يعتره شيء يحول دون تقييد تصرفاته فهو كامل التمييز والرضا، ويستطيع مباشرة عقود الاغتناء، والتصرف والتبرع والإدارة، وبالتالي فقد تحققت له أهلية الأداء الكاملة - أي صلاحيته للإلزام والالتزام. وبعبارة أخرى: صلاحية الشخص لصدور التصرف منه على وجه يعتد به قانوناً، أي يصبح قادراً على كسب الحقوق لنفسه وإنشائها لغيره بتصرفاته القولية، ويكون رضاه كاملاً غير مقيد بشيء إلَّا بالقانون والنظام العام والآداب[١].

والقاعدة العامة في القانون المدني المصري هي أنَّ الأصل في البالغ العاقل هو تمتعه بأهلية الأداء الكاملة حيث نص في الفقرة الأولى من المادة (٤٤ م م) على أنَّ: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية» كما نصَّت المادة (١٠٩ م م) على أنَّ: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته، أو يحد منها القانون» فيكون له كسب جميع حقوقه، وإنشاء جميع التصرفات المشروعة، ويكون رضاه كاملاً.

وقد أولت التشريعات الحديثة عناية فائقة بالقصد الباطني باعتباره الأساس، والعنصر الفعال في الرضا، فقد قال الأستاذ مالنفو[٢]: «إنَّ مدار إنشاء العقود على القصد، فهو سبب وجودها». ثمَّ إنَّ القصد الصحيح لا يمكن أن يتم إلَّا من خلال تحقق تمييز كامل لمن يتصف به، وهذا ما يسمى بأهلية الأداء، وهي لا يختلف

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٢٤٤/١)؛ و د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص (٢٣٧)، والمصادر السابقة.

(٢) مالنفو، رسالته في الإرادة المشار إليها في محمد نصر الدين زغلول، المرجع السابق ص (٦٢٢).

مفهومها وعناصرها في التشريعات الحديثة عما ذكرناه سابقاً إلاّ في بعض الأمور كقضية السن ونحوها، ولذلك سنوجز القول فيها، فقد اتفق الفقه الفرنسي مع الفقه المصري على أن تحقق الأهلية شرط أساسي في صحة العقود، وأنَّ عديم الأهلية عديم الرضا والإرادة وأنَّ الأهلية الكاملة هي قدرة الشخص على ممارسة حقوقه، والتعاقد بنفسه[1]، وحدد القانون الفرنسي في مادته (٣٨٨ م. ف) ـ كالقانون المصري ـ سن الرشد وأهلية الآداء بإحدى وعشرين سنة، وعين في مادته (١١٢٤ م ف) فاقدي الأهلية بالنص، وقرر في المادة (١١٢٣ م ف) على أنَّ «كل شخص يجوز له أن يتعاقد ما لم ينص على عدم أهليته للتعاقد بمقتضى القانون»[2]. وبناء على ذلك فالأصل في الإنسان هو أهليته للتعاقد، وقد انعكس هذا الأصل في المشروع الفرنسي الإيطالي أيضاً حيث نص في المادة (١٢) على أنَّ: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته، أو الحد منها» ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة غير أنَّ قانون نابليون لم يكن يعطي الأهلية الكاملة للمرأة المتزوجة حيث لم يكن بوسعها التعاقد مستقلة، كما نصت على ذلك المادتان (١١٢٤، ١١٢٥ م ف) كما أنّها لم يكن باستطاعتها أن تعمل إلاّ بإذن زوجها، إلى أن صدر قانون ١٩٣٨/٢/١٨[3].

وأما القانون الإنجليزي فقد جعل هو الآخر أهلية التعاقد ركناً ركيناً في الرضا، ومن العناصر الأساسية للعقد السليم، فاشترط سلامة العقل، وبلوغ الرشد والتمييز، وقد حدد السن الحادية والعشرين لسن الرشد والتمييز، وبالتالي بدؤ أهلية الأداء الكاملة، وقد تمَّ تحديد هذه السن في البداية في القانون الإقطاعي، ثمَّ ما لبث كثيراً إلى أن انتقل إلى القانون العام ويطلق القانون الإنجليزي بعد هذا التحديد لفظ غير المميز (Infant) على من لم يتم الحادية والعشرين من عمره[4].

---

(١) يراجع جوسران، المصدر السابق (٢٤/٢ بند ٣٩، ١٢٦)؛ ومارسيل، المطول في القانون المدني، ط ١٩٤٩ (٥٩/٢ بند ١٥٤، ١٥٨ وجـ ١ بند ٨٠ ـ ٨٥ جـ ٦ بند ٧٥) ومورانديه، المرجع السابق ص (١٩٨ بند ٣٤٨).

(٢) يراجع للتعليق على هذه المادة داللوز الفهرست باب التعهدات بند (٣٣٠)، وملحق هذا الباب بند (١٦٧).

(٣) مورانديه، المصدر السابق ص (٢٠٠ بند ٣٥٢)؛ وجوسران المصدر السابق بند (١١١).

(٤) يراجع: شيتي، المصدر السابق ص (٥٨٤)؛ ومقال بقلم (Torbin) في مجلة S. A. L. J. للقانون عدد سنة ١٩٥٥، ومقال آخر بقلم (Honore) في المجلة السابقة نفسها سنة ١٩٥٨ أو (Povitz) بالاشتراك مع (Simon) والتعليق على مجموعة قوانين انجلترا باب الأهلية ص (٤٧٨).

وأما التقنينات العربية فقد خالف أغلبها التشريع المصري وغيره في تحديد سن البلوغ والرشد حيث نصت المادة (١٠٦) من القانون العراقي والمادة (٥١) من القانون السوداني، والمادة (٢١٥) من القانون اللبناني على أنَّ سن الرشد ثماني عشرة سنة، وهذا الرأي لا يخرج في الجملة عن آراء فقهاء المسلمين ـ كما سبق ـ.

هذا وقد صرح القانون المدني العراقي في مادته (٩٣) بأن: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته، أو يحد منها». ولا يختلف الفقه في العراق عن شقيقه في مصر عموماً[١].

وأخيراً فإنَّ القانون الروماني أيضاً يشترط لتحقق العقد وصحته أهلية التعاقد والأداء، فهو في ذلك كالتشريعات الحديثة غير أنَّ أهلية الأداء نفسها هي التي يختلف مفهومها لدى الرومان عن غيرهم، فقد اشترطوا في تحقق الأهلية كون صاحبها متمتعاً بالحرية، فالعبد لا يتمتع بأي نوع من الأهلية (الجامع ٤٤، ٧، ١٤) كما اشترطوا أن يكون مواطناً رومانياً فغير الرومان ـ حتى وإن كانوا أحراراً ومنضوين تحت لواء الإمبراطورية الرومانية ـ ليس لهم أهلية التعاقد، وزادوا شرطاً ثالثاً وهو أن يكون مستقلاً لا يخضع لسلطان رب الأسرة، وقد حدد القانون الروماني بداية سن الرشد والبلوغ بإكمال (١٤) سنة للذكر و(١٨) سنة للأنثى، ثمَّ إنَّ القانون الروماني في عصوره الأولى يشترط لكمال الأهلية الذكورة حيث لم تكن الأنثى تكتسب الأهلية الكاملة على الإطلاق (نظم جايوس ١، ١٤٥) لكنه لما ألغي نظام الوصاية عليها في العصر البيزنطي حل محله نظام القوامة الذي يستمر مطبقاً عليها حتى السن الخامسة والعشرين (نظم جوستنيان ١، ٢٣، الفاتحة) فعلى هذا لا تتمتع هي بالأهلية الكاملة مطلقاً إلى أن تبلغ الخامسة والعشرين، وإذا بلغتها فقد اكتملت أهليتها لكنها مع ذلك فُرِضتْ على أهليتها قيود حتى في عهد جوستنيان تعتبر انتقاصاً من أهليتها بخصوص بعض العقود، منها عدم استطاعتها على إنشاء الكفالة ونحوها[٢].

---

(١) ويراجع لمزيد من التفصيل: د. الحكيم، المصدر السابق (١/١٠١..)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق ص (٢٧٦)؛ ود. حسن الذنون، المرجع السابق ص (٣٤)؛ ود. غنى حسون، المصدر السابق الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (١/١٥٨)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام (١/٦٣).

(٢) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢١٢ ـ ٢٥٥)؛ و د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٨٧).

هذه هي الأحكام العامة للأهلية في المعاوضات المالية، وأمَّا أهلية التعاقد في إنشاء العقود الشخصية ـ أي غير المالية ـ كالزواج، والطلاق ونحوهما فإنَّها لا تختلف كثيراً عن العقود المالية، إلَّا في بعض الأمور كالسن فالقانون الروماني في العصر العلمي لم يكن يشترط سناً معينة لاعتبار الزواج صحيحاً، بل كان مرد ذلك إلى البلوغ الطبيعي (جايوس ١، ١٩٦) واستمر الأمر على ذلك إلى عهد جوستنيان الذي حدد السن الرابعة عشرة بالنسبة إلى الزوج، والسن الثانية عشرة بالنسبة إلى الزوجة، ولا يعني ذلك أنَّ القانون الروماني في عهد جوستنيان يجيز لمن بلغ هذه السن القانونية أن يقوم بعقد الزواج دون إجازة رب الأسرة، بل أراد أن يستبدل البلوغ القانوني بالبلوغ الطبيعي، وذلك لأنَّ القاصر وإن بلغ هذه السن يظل غير قادر على إنشاء عقد الزواج ما دام خاضعاً لسلطان رب الأسرة مهما بلغت سنه (الجامع ٢٣، ١١، ١٣) وأيضاً إنَّ المرأة لا تستطيع أن تزوج نفسها ـ حتى وإن كانت غير خاضعة لسلطان رب الأسرة ـ ما دامت لم تبلغ الخامسة والعشرين من عمرها، وأما قبلها فلا يتم زواجها إلَّا بإذن الأب، ثمَّ إن لم يوجد فبإذن الأم، ثمَّ الأقربين، وولي الزواج عموماً هو رب الأسرة، وإذا امتنع يفوض الأمر إلى القاضي (الجامع ٢٣، ٢، ١٩)[1].

وأما القانون المدني الفرنسي فقد حدد ـ كما سبق ـ سن أهلية الأداء بإحدى وعشرين سنة، لكن أهلية إنشاء عقد الزواج تبدأ سنها ـ على ضوء المادة (١٤٤ م ف) ـ بالنسبة للزوج إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره، وبالنسبة للزوجة إذا بلغت الخامسة عشرة من عمرها، وأجازت المادة (١٤٥ م ف) لرئيس الدولة أن يعفى من شرط السن إذا كانت هناك أسباب خطيرة، كما لو حملت المرأة من الرجل، ثمَّ أراد الرجل التزوج بها قبل أن تكون قد بلغت السن القانونية. وقد بينت المادة (١٨٤ م ف) أنَّ جزاء تخلف شرط السن هو البطلان المطلق، وكان مقتضى ذلك أن لا يلحقه تصحيح حينئذٍ، لكن المشرع الفرنسي خالف هذا المبدأ وأجاز الحكم عليه بالصحة، وعدم الطعن فيه في حالتين:

أولاهما: هي ما نصَّت عليها المادة (١٨٥ م ف) من أنَّه: «لا يمكن الطعن في الزواج إذا مضت ستة أشهر على بلوغ الزوج، أو الزوجين سن الزواج بعد العقد». وتوضيح ذلك أنَّ الزواج المعقود قبل بلوغ السن القانونية باطل بطلاناً مطلقاً، ولذلك

---

(١) ويراجع: د. شفيق شحاته، أحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط. جامعة الدول العربية ١٩٥٩ (٣/٦٢ ـ ٦٤)؛ والمصادر السابقة.

يمكن إبطاله بناء على طلب أي من الزوجين أو من ذي الشأن من أولياء الأمور، بل وبناء على طلب النيابة العامة (١٨٤ م ف) لكن إذا تمَّ الزواج بين شخصين لم تكتمل سنهما القانونية ـ أو سن أحدهما ـ ثمَّ بلغاها ومضت ستة أشهر عليه، ولم يطلب أحد إبطال هذا العقد أصبح العقد صحيحاً، ولا يبقى لذوي الشأن الحق في الطعن.

الحالة الثانية: حمل الزوجة وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١٨٥ م ف) من أنَّ حمل المرأة المعقود عليها في سن تقل عن خمسة عشر عاماً يكون مسقطاً لحق التمسك بالبطلان لصغر سنها فقط، لكن لا يزيل حق التمسك به إذا كان الزوج أقل من الثامنة عشرة من عمره، وقد برر الفقه تصحيح العقد حينئذٍ بأن حمل المرأة يكذب القرينة القانونية المستمدة من نقص سنها على أنها غير قادرة على الزواج، وبينت المادة (١٨٦ م ف) أنَّه ليس للولي الذي سبق أن أجاز هذا الزواج أن يطلب بعد ذلك إبطاله[١].

ثمَّ إنَّ القانون المدني الفرنسي كان يشترط رضاء الأب، أو الولي على النفس لصحة الزواج ما دام الزوج لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره، ثمَّ أدخلت التعديلات عليه فخفضت السن إلى الحادية والعشرين، وقبلها إذا تمَّ الزواج يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، والولاية على النفس مشتركة بين الأبوين عند وجودهما، وعند اختلافهما يرجح رأي المجيز للعقد، ثمَّ إنَّ الإجازة في القانون الفرنسي حق مطلق للولي فلا يسأل فيها إبداء أسباب ومبررات، ومن جهة أخرى أنَّ الولي على النفس لا يعتبر نائباً عن القاصر، حيث لا يستطيع أن يقوم بإنشاء العقد نيابة عنه، بل يضيف إرادته إلى إرادته ليصبح العقد تاماً[٢].

وفي القانون الإنجليزي حددت المادة الثانية من قانون الزواج الصادر سنة ١٩٤٩ السن التي يجب أن يبلغها كل من الزوجين بستة عشر عاماً، ويقع باطلاً كل زواج لم يبلغ كلا طرفيه، أو أحدهما هذه السن[٣]. وقد كان قانون (١٨٥٥ م) قد حدد

---

(١) بلانيول وروبير وبولانجير (جـ ١/ ٦٢١ بند ٩٩٥)؛ والمصادر الفرنسية السابقة؛ وصلاح الدين عبد الوهاب، عدم بلوغ السن كسبب لبطلان الزواج في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة المحاماة، العدد العاشر السنة ٤٧ في ١٩٥٧ ص (١٤٠١ ـ ١٤٠٢)؛ و د. شفيق شحاتة، أحكام أحوال الشخصية (٣/٠٠٠٥٤).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) ويطبق هذا القانون على كل زواج يكون كلا طرفيه أو أحدهما من المواطنين الإنجليز.

السن بالعشرين للفتى، والسابعة عشرة للفتاة، ثمَّ ألغي بالقانون السابق[1].

وفي قانون الأحوال الشخصية المصري المطبق على المسلمين ـ وعلى غيرهم بشروطه ـ لا تختلف العقود الشخصية عن العقود المالية كثيراً فالرضا شرط أساسي فيها كما أنَّ عديم الأهلية لا يستطيع أن يقوم بها وأمَّا ناقص الأهلية مثل الصغير المميز ونحوه فإنَّ الزواج الذي يبرمه لا يكون نافذاً، بل يكون موقوفاً على إجازة الولي، ويختلف عقد الزواج عن بقية العقود في أنَّه لا يشترط فيه تحقق الرشد، فالسفيه يصح منه عقد الزواج وينفذ ولو كان محجوراً عليه، وكذلك ذو الغفلة، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري بعدم وقوع طلاق المجنون والمعتوه والمدهوش، والنائم والمغمى عليه، ومن اختل إدراكه لكبر أو مرض، كما أنَّه حكم بعدم وقوع طلاق السكران والمكره (المادة الأولى من المرسوم لقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩) وطلاق الغضبان والمخطىء، لكنه يقع طلاق الهازل لسبب خاص سبق أن ذكرناه[2].

وإذا كان القانون المدني قد حدد سن أهلية الأداء الكاملة بإحدى وعشرين سنة (المادة ٤٤ م م) فإنَّ هذه السن هي سن أهلية الشخص لمباشرة حقوقه المدنية بوجه عام، أمَّا الزواج فلا يخضع في باب الأهلية لقواعد القانون المدني بل تنظمها قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية التي تعتمد على البلوغ الطبيعي سواء كان بالاحتلام، أو الحيض، أو ببلوغ سن معينة ـ كما سبق ـ ولم تخصص الشريعة سناً معينة للزواج بل هو شأنه في ذلك شأن سائر العقود[3]، والسن المعتبرة

= انظر: المصادر الإنجليزية السابقة نفسها؛ وصلاح الدين عبد الوهاب بحثه السابق ص (١٤٠١).

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٦٠٠ ـ ٦٠١).

(٢) يراجع في تفصيل هذه المسألة: الأستاذ الشيخ أبو زهرة، الولاية على النفس ص (١٩ وما بعدهما)؛ والأحوال الشخصية ص (١١٩)؛ و د. عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. دار الكتاب العربي سنة ١٣٧٤ هـ ـ ١٩٥٥ م ص (٢٥٤ ـ ٢٦١)؛ و د. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، ط. دار النهضة العربية بمصر سنة ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م ص (١١٠ ـ ١١١)؛ و د. محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة، نشر مكتبة دار العروبة بالكويت سنة ١٤٠٣ هـ (١/٢٧٠)؛ و د. شفيق شحاتة، أحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين (٥٨/٣).

(٣) وقد قضت محكمة دمنهور في ١٩٥٦/٩/١٧ المشار إليه في مجلة المحاماة سنة ٣٧ ص (٥٥٥) =

في اعتبار عقد الزواج صحيحاً هو بلوغ الخامسة عشرة بالنسبة للزوجين[1]. غير أنَّه يصدق الفتى في البلوغ الطبيعي بالاحتلام إذا بلغ عمره اثنتي عشرة سنة، وتصدق الفتاة في ادعائها البلوغ الطبيعي بالحيض ونحوه إذا بلغ عمرها تسع سنوات، ومع ذلك فالقانون لا يحكم بإلغاء العقد إذا تمَّ دون بلوغ الزوجين السن القانونية، بل كل ما في الأمر لا تسمع دعواهما، ثمَّ خفف في هذا الأمر فحدد منع سماع الدعوى إذا كانت سن أحد الزوجين دون السن المقررة وقت التقاضي لا وقت إنشاء العقد[2].

وأمَّا القانون المدني العراقي فقد حدد في مادته (١٠٦): «سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة»[3]. وهي عامة لكل العقود المدنية، والشخصية، وبهذا التفسير صدر منشور عن وزارة العدلية سنة ١٩٥٥ وعممته على جميع المحاكم المدنية والشرعية وغيرهما قالت فيه: «... إنَّ نصوص الأهلية وما سواها من القواعد العامة في الأحوال الشخصية... تطبق في جميع مسائل القانون المدني سواء منها ما كان من صميم الأحوال الشخصية، وما هو من غيرها... ولا يصح بحال من الأحوال، ولا في عرف التشريع والقانون أن تكون هذه القواعد العامة شاملة لجزء... دون آخر... مثال ذلك أن تكون سن الرشد في قضايا العقود في المعاملات... هي الثامنة عشرة... وتكون غيرها بالنسبة إلى المحاكم الشرعية...»[4]. وهذه السن هي ما قررها قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة ١٩٥٩ برقم ١٨٨، وعدلت بعض أحكامه بالقانون رقم

= بأنَّه: «هناك فارق بين بلوغ سن الرشد، وبين بلوغ سن الولاية على النفي فبلوغ البنت سن الولاية يكون بظهور الحيض والاحتلام فإذا لم تظهر هذه العلامات عند بلوغها خمس عشرة سنة تزول عنها ولاية ولي النفس، ويكون لها حق التصرف في شؤون نفسها».

(١) يقول الأستاذ الشيخ أبو زهرة رحمه الله في كتابه الولاية على النفس ط ١٩٦٦ ص (٥٧): «وإنا نقرر أنَّ المعمول به في مصر إلى الآن هو أنَّ سن البلوغ هو الخامسة عشرة على أساس البلوغ بالسن». هذا عند الجمهور، وفيه أقوال أخرى كما سبق.

(٢) وراجع تفصيلات هذا الموضوع في الشيخ أبي زهرة، الولاية على النفس ص (٧١ ـ ٧٧)، والمصادر السابقة.

(٣) يراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (١٠٦/١)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (٢٨٥/١)؛ ود. غنى حسون، المصدر السابق (١٦٢/١)؛ والأساتذة البكري والحكيم والبشير، المصدر السابق (٧١/١).

(٤) ويراجع: سلمان بيات، المصدر السابق (١٠٠/١).

١١ لسنة ١٩٦٣ حيث نص في مادته الثامنة على أنَّه: «تكمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة»[١]، لكنه نص في المادة التاسعة على أنَّه: «إذا ادَّعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد إكمالها السادسة عشرة وطلبا الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا تبين صدق دعواهما، وقابليتهما البدنية بعد موافقة الولي الشرعي...».

والخلاصة: أنَّ القوانين الغربية التي ذكرناها تعتبر عدم بلوغ السن القانونية سبباً لبطلان الزواج[٢]، في حين أنَّ الشريعة الإسلامية اعتمدت على البلوغ الطبيعي، كما أنَّها أعطت حق تزويج الصغار إلى أوليائهم.

الثاني: فاقد التمييز:

وهو من لا يدرك حقيقة الأشياء، ولا يفرق بين الضرر والنفع، كالمجنون والمعتوه غير المميز[٣]، والصبي غير المميز ونحوهم، فهؤلاء ليس لهم رضا وإرادة،

---

(١) ذكر الأستاذ أبو زَهرة في: الولاية على النفس ص (٦٦) أن القانون العراقي قد خالف بهذا التحديد إجماع الفقه الإسلامي ولا يخفى أن في ذلك تسامحاً كبيراً حيث إن هذا التحديد مأخوذ من المذهب المالكي. انظر: شرح الخرشي (١٩١/٥) والشرح الكبير مع الدسوقي (٢٩٣/٣).

(٢) صلاح الدين عبد الوهاب، بحثه السابق ص (١٤٠٨).

(٣) المراد بالمجنون هو ما فسرته محكمة النقض المصرية بقولها: «المجنون في فقه الشريعة الإسلامية من أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك تماماً، وتكون حالته حالة اضطراب، وحكمه أنَّ تصرفاته القولية باطلة بطلاناً كلياً، فلا تصح له عبارة أصلاً، ولا ينبني عليها أي حكم من الأحكام». (نقض ١٩٨١/٦/٢٣ طعن ٥٧، ٦٦ س ٤٩ ق).

وقد اختلف في معنى العته فقال البعض هو نوع من الجنون لكن الفرق هو أنَّ الجنون يصاحبه الاضطراب والهيجان بأن يضرب ويشتم، وأمَّا العته فلا يصاحبه ذلك بل يكون المعتوه هادئاً وإن كان زائل العقل، وقد سبق أنَّ الفقه الإسلامي عرف العته بأنَّه اختلال في العقل بحيث يخلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين، وحكمه إن كان له تمييز فهو كالصبي المميز، وإن لم يكن له تمييز فيكون كالمجنون، وأمَّا القانون المدني المصري فلم يأخذ بهذه التفرقة، حيث إنَّ المعتوه كالمجنون تماماً عديم التمييز.

هذا وقد فسَّره حكم لمحكمة النقض المصرية في ١٩٧٧/١/٥ إذ نطق بأنَّ: «العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله، والمرجع في ذلك ـ وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ـ هو خبرة المختصين في الآفات العقلية، وشواهد الحال... وفي نسبة العته إلى شخص بعينه تنحصر مهمتها في تمحيص مدى =

وتكون تصرفاتهم باطلة، وهذا هو المراد بفقدان أهلية الأداء[1]. فقد نصت المادة (٤٥) من القانون المدني المصري على أنَّه: «١ ـ لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. ٢ ـ وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز»[2].

ونصت المادة (١١٠ م م) على أنَّه: «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة». ولم يشترط القانون المصري في الحجر على الصغير غير المميز حكم القضاء، وأما تصرفات المجنون والمعتوه ففيها تفصيل، لأنَّ حجرهما يكون بقرار المحكمة، وكذلك رفع الحجر عنهما (المادة ١١٣ م م) فعلى هذا تكون تصرفاتهما التي وقعت بعد تسجيل قرار الحجر باطلة (المادة ١/١١٤ م م) وأمَّا تصرفاتهما التي وقعت قبل تسجيل قرار الحجر فتكون نافذة إلَّا إذا كانت حالة الجنون، أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (المادة

= تأثير هذا المرض على أهليته بما لا يمكنه معه أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات، وفي إدارته لأمواله، وفي فهمه للمسائل المالية الخاصة به». (نقض ١٩٧٧/١/٥ طعن ٢٣ س ٤٤ ق ونقض ١٩٧٥/٥/٢٨ طعن ٤ س ٤٢ ق).

ويراجع: المصادر السابقة، و د. السنهوري، الوسيط (٣٦٢/١)؛ و د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص (١٦٥)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٦٢)؛ والشيخ أبو زهرة، الولاية على النفس، ط. مخيمر بالقاهرة ص (٣٨)؛ والشيخ علي حسب الله، الولاية على المال، ط. الجيلاوي القاهرة ص (١٠). وراجع: التلويح على التوضيح (٣٣٥/٢)، والمصادر الأصولية السابقة.

(١) وقد أطلق الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي في رسالته السابقة ص (٢٥٦)، «فقدان الأهلية» على نقص الأهلية وفقدانها فقال: «ونحن إذ نتكلم عن فقدان الأهلية لا نعني حداً معيناً من نقص قدرة الشخص على مباشرة تصرفاته... وإنَّما نحن نطلقه اصطلاحاً عاماً للدلالة على كل حال يوجد فيها مساس بهذه القدرة سواء أكان بالنقص أو بالعدم كترجمة للفظة الفرنسية (Incapacire)».

وهذا الإطلاق مخالف للغة العربية، فالفقد في اللغة العربية هو العدم (القاموس المحيط ٣٣٥/١) فكيف يطلق على النقص، ثمَّ إنَّ هذا أصبح مصطلحاً شائعاً للدلالة على عدم الأهلية فقط، إذن فليس بوسع أي أحد أن يحيد به عن معناه المعهود لغة وفقهاً. والذي يظهر من عبارته التي سقناها أنَّه لم يدفعه إلى ذلك إلَّا ملاحظة أنَّ اللفظة الفرنسية عامة للنوعين، ولذلك يجب في نظره تطويع المصطلح العربي لها.

(٢) لا داعي لذكر هذه الفقرة ـ في نظري ـ مستقلة، إذ يمكن إدخالها في الفقرة السابقة بعبارة موجزة، وذلك بإضافة «أقل من السابعة» على: «لصغر في السن».

٢/١١٤ م م) وقد أحدثت هذه المادة التي لم تكن موجودة في المشروع المصري، بل أضافتها لجنة المراجعة تفرقة بين تصرفات المجنون، والمعتوه قبل الحكم بالحجر وبعده[١].

ولا نرى لهذه التفرقة مبررات تنهض حجة دافعة لتقريرها، وذلك لأنَّ سبب البطلان في تصرفات المجنون والمعتوه هو عدم التمييز، وفقدان أهلية الأداء كاملة، وبالتالي عدم وجود أصل الرضا البتة، وهذا السبب بعينه موجود قبل تسجيل قرار الحجر ما دام قد ثبت أنَّه كان مجنوناً أثناء التعاقد، ولا يخفف من وطأة هذه التفرقة أنَّ القانون اشترط في عدم البطلان قبل التسجيل أن لا يكون أمر جنونه شائعاً، وأن لا يعلم به العاقد الآخر، وذلك لأنَّ الكلام في أنَّ أصل الرضا في كل هذه الحالات منعدم تماماً، فما دمنا نحن جميعاً نقول بأنَّ الرضا ركن أساسي في العقود فلا بدَّ أن نسلم بالنتيجة التي تترتب عليه، وهي أنَّ فقد الركن موجب للبطلان.

ومن جهة ثانية أن تخطي هذا الشرط ليس بالأمر الصعب، فيمكن لمن تسول له نفسه أن يتعامل مع المجنون أو مع المعتوه أن يستغل الفرصة لكي يتعاقد معه بالشكل الذي يريده وفي الوقت الذي لا يثبت عليه سوء نيته، وأعتقد أنَّ التبرير في الحكم بصحة عقد ما قبل التسجيل بأنَّه حماية للاستقرار، ورعاية للعاقد حسن النية لا يصل إلى حد الاقتناع، إذ لو فتحنا هذا الباب لوجب القول بصحة جميع العقود حماية للاستقرار، وإلَّا فكيف يحكم بصحة عقد من فقد العقل والتمييز؟ فالقول بصحته بناء على العقد الظاهري لا يقل خطورة عن الشكلية البحتة السائدة في القانون الروماني، بل إنَّ هذا القانون الأخير القائم على الشكلية يحكم ببطلان عقود المجنون[٢]، وأنَّ القوانين التي تعتمد على التعبير ـ الإرادة الظاهرة ـ كالقانون الألماني تحكم أيضاً ببطلان عقود المجنون[٣]، فما بالك بالقانون المصري القائم ـ كقاعدة عامة ـ على الإرادة الباطنة[٤]. وحتى في حالة

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٣٦٤/١)؛ والمستشار العمروسي، المرجع السابق (١١٤/١). وقد صدرت بهذه التفرقة عدَّة قضايا منها على سبيل المثال: حكم محكمة النقض في ١٩٦٥/١١/١١ المذكور في مجموعة أحكام النقض سنة ١٦ رقم ١٦٠ ص (١٠٣١)، وحكم آخر لها في ١٩٧٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض سنة ٢٨ رقم ٤٥ ص (١٨٩).

(٢) د. شفيق شحاتة، نظرية الالزامات في القانون الروماني ص (٣٩٦).

(٣) د. جميل الشرقاوي، رسالته في نظرية البطلان ص (٢٥٤)؛ بل قال: «إنَّ فقدان الأهلية سبب لعيب تصرفات فاقدها وبطلانها، هو كذلك في القانون الحديث، وكان كذلك في القوانين القديمة». وراجع مصادره المشار إليها.

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١١٢/١ ـ ١١٣).

اعتداده بالإرادة الظاهرة لم يقصد إلغاء الإرادة الباطنة كلياً، بل أراد جعل التعبير طريقة التعرف على الإرادة الحقيقية. يقول الأستاذ السنهوري: «وفي تكوين العقد لم يعتد بالإرادة إلاَّ في معدنها الحقيقي حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة»[(١)]. بل قد نصَّ في المادة (١٥٠ م م) على أنَّه: «إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحر في الألفاظ...» فإذا كان المبدأ في القانون المدني المصري هو البحث عن النية المشتركة فكيف يستساغ له القول بصحة عقد من ليس له أي نية على الإطلاق؟.

ومن جانب آخر أن القانون المدني المصري ـ كمبدأ عام في الأحوال الشخصية التي تعتبر الأهلية جزءاً هاماً فيها ـ لم يرد أن يخرج عن نطاق مبادىء الشريعة الإسلامية الغراء، وهي لم تفرق بين تصرفات المجنون والمعتوه غير المميز قبل التسجيل وبعده، فكان الأولى إعمالها أيضاً في هذا الخصوص، وقد صدر قرار حديث من محكمة النقض المصرية بهذا الشأن في ١٩٨١/٦/٢٣ ينص على: «أنَّ المجنون... من أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك وتكون حالته حالة اضطراب، وحكمه أنَّ تصرفاته القولية تكون باطلة بطلاناً كلياً، فلا تصح له عبارة أصلاً، ولا ينبني عليها أي حكم من الأحكام»[(٢)]. وهذا القرار صريح في عدم الاعتداد بتصرفات المجنون، وقد سبقه قرار آخر لها قد صدر بعد تطبيق القانون المدني الحالي بحوالي شهر ونصف ـ أي في ١٩٤٩/١١/٢٩ ـ يقضي بكل صراحة بأنَّ: «العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته، ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون، أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له، كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه... كما أنَّ هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي، وإنَّما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه»[(٣)].

وهذا صريح في أنَّ بطلان تصرف المعتوه يعود إلى عدم وجود أرادة له وقت صدور التصرف منه، غير أننا نرى قراراً آخر لها يشوبه التذبذب في كيفية الجمع بين عدم وجود ركن التصرف وبين ما تقضي به هذه المادة فنص في ٧١/١/١٩ على: «أنَّه

(١) المصدر السابق نفسه (١١٣/١).

(٢) نقض مدني في ١٩٨١/٦/٢٣ طعن ٥٧، ٦٦ سنة قضائية ٤٩.

(٣) نقض مدني في ١٩٤٩/١١/٢٩ مذكور في مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٣ ص (١٤٩).

وإن كانت المادة (١١٤ م م) قد واجهت حالة الحجر وصدور قرار به وفرقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر، والفترة التالية له، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على علم الغير بذلك إلاَّ أنَّه ليس معنى ذلك أنَّ المجنون أو المعتوه الذي لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب أو آخر تعتبر تصرفاته صحيحة إذ الأصل أنَّه يجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة، وإلاَّ انهار ركن من أركان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه ببطلانه إذا ما ثبت علم المتصرف إليه بحالة الجنون، أو العته المعدم للتمييز لحظة إبرام التصرف أخذا بأنَّ الإرادة تعتبر ركناً من أركان التصرف القانوني»[1]. وفي هذا الحكم نرى تذبذباً واضحاً حيث قرر بأنَّ القانون لا يعني اعتبار تصرفات المجنون أو المعتوه صحيحة قبل صدور القرار وذلك لأنَّ الإرادة السليمة ركن من أركان التصرف، فإذا فقد انهار العقد من أساسه، ومع ذلك عاد رعاية لنص القانون فقيد البطلان بأن يكون العاقد عالماً بحاله، والذي نلاحظ عليه أنَّ الركن لا يؤثر فيه العلم أو عدم العلم به، فمثلاً من أقدم على بيع شيء غير مشروع في نطاق النظام العام[2]. فهل يعفيه عدم العلم به؟ أو إذا كان المحل غير موجود فهل يغنيه عدم العلم به؟ فإما أن نقول: إنَّ الرضا ركن في العقد فحينئذٍ إذا فقد يكون العقد في حكم المعدوم، أولاً نقول بذلك ـ وهذا ما لم يقل به القانون المصري ـ فحينئذٍ يكون لنا تكييف آخر. وقد أقرت محكمة النقض في ١٩٧٣/٤/٢١ «أنَّ العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد المعدوم على أساس أنَّ البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد. . . »[3].

وتعود هذه التفرقة في القانون المدني المصري إلى الأصل الذي قرره، وهو أنَّه جعل المجنون والمعتوه في حكم السفيه وذي الغفلة في أنَّ الحجر عليهما يتم بقرار من المحكمة كما أنَّ رفعه يكون بمثله. ونرى أنَّ هذا القياس مع الفارق فالمجنون والمعتوه غير المميز ليس لهما أصل التمييز قطعاً في حين أنَّ المقيس عليهما لهما أصل

---

(١) نقض ١٩٧١/١/١٩ طعن ٢٧٠ س ٣٦ ق المشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية التي أقرتها محكمة النقض ص (٢٤٢)، ونقض ١٩٧٠/١/١٣ طعن ٥٠٢ س ٣٥ ق المرجع السابق (٢٧٨).

(٢) انظر قرار محكمة النقض في ١٩٧٤/٣/١٨ طعن رقم ٦٧ س ٣٩ ق، المشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية ص (٢٨٣).

(٣) نقض ١٩٧٣/٤/٢١ طعن ١١ س ٣٧ ق المشار إليه في مجموعات المكتب الفني سنة ٢٤ ص (٦٤٩).

التمييز لكن اعتراهما ضعف في الإدراك. فكيف يقاس من لا تمييز له على من له تمييز، ثمَّ إنَّ أمر المجنون والمعتوه بين فيكون حجرهما ذاتياً، وأمَّا أمر السفيه وذي الغفلة فليس من البين والوضوح بحيث يكون مكشوفاً للعاقد الآخر، كما أنَّ تقدير تصرفاتهما واعتبارها تبذيراً أو غير تبذير مما يختلف فيه العقول، فلذلك أنيط أمر حجرهما بالحاكم.

وأمَّا السكران الذي بلغ به السكر إلى حالةٍ فقد فيها وعيه وشعوره فلا يقع طلاقه وتكون تصرفاته القولية باطلة فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ على عدم وقوع طلاق السكران مطلقاً واستمر الأمر كذلك إلى الآن[١].

هذا وقد ذكر البعض[٢] أنَّ من أسباب فقدان الأهلية الإصابة ببعض العاهات التي تجعل التعبير عن الإرادة متعذراً، والعجز الجسماني الشديد. غير أننا نرى أنَّ في هذا تسامحاً شديداً، وإطلاقاً على غير حقيقته، لأنَّ مناط أهلية الأداء العقل والتمييز دون الجسم والحواس، فليس العجز فيهما من أسباب نقص الأهلية[٣] فضلاً عن

---

(١) وقد صدرت عدة قرارات قضائية بهذا الصدد من أحدثها حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨١/١٢/٨ طعن ٣١ س ٥٠ ق، حيث قرر بأنَّ طلاق السكران لا يقع لعدم القصد.
ويراجع في هذا الخصوص: د. عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية، ط. دار الكتاب العربي ١٩٥٥ ص (٢٥٤ ـ ٢٥٥)؛ و د. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، ط. دار النهضة العربية ١٤٠٣ هـ ص (١١١).
غير أنَّ قانون العقوبات المصري قد فرق في مادته (٦٣) بين فاقد الوعي بسبب محظور، أو بسبب مباح فنصت على أنَّه: «لا عقاب على من يكون فاقد الشعور والاختيار. . . إما لجنون، . . . أو لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة. . . إذا أخذها قهراً عنه، أو على غير علم منه بها». وقد قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ في ١٩٣٤/١٠/٢٩ وفي ١٩٢٠/٢/١٢ مشار إليهما في د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة، ط. دار مطابع الشعب القاهرة ١٩٦٤ ص (١٢٤ ـ ١٣٧) بأنه: «متى تحققت محكمة الموضوع أنَّ الجاني قد تعاطى الخمر بمحض اختياره فليس لسكره في هذه الحالة تأثير ما في مسؤوليته الجنائية».
ويراجع: د. عبد السلام التونجي، موانع المسؤولية، ط. دار الهنا بالقاهرة سنة ١٩٧١ ص (١٩٠ ـ ٢٠٥).

(٢) د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، ط. ١٩٧٥ ص (١٦٥ ـ ١٦٦).

(٣) وقد اعتبره الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي من أسباب نقص الأهلية في كتابه موجز النظرية العامة للالتزامات (٥١/١).

فقدانها. نعم قد يكون العجز الكامل في الجسم، أو في الحواس سبباً للعجز عن التعبير عن الإرادة كالأبكم مثلاً، وهذا ما تناولته المادة (١١٧ م م) حيث نصت على أنَّه: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعيِّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك». فقد دلَّت هذه المادة بوضوح على أنَّ العجز الجسماني أو العجز في الحواس إذا أدَّى إلى العجز عن التعبير جاز للمحكمة أن تعمل كذا، وليس فيها أي إشارة إلى أنَّ ذلك يؤدي إلى نقص في الأهلية وقد أكدت على هذا المعنى المادة (٧٠) من قانون الولاية على المال، وأضافت إلى السابق حالة ما إذا كان الشخص في حالة من الضعف يخشى عليه معها من إساءة التصرف في ماله إذا تصرف منفرداً بتأثير غير نزيه ممن حوله كأن أصيب بشلل نصفي، أو ضعف بدني، أو ضعف ظاهر في السمع والبصر وإن لم يبلغ مبلغ الصمم والعمى[١]. ولذلك لم يجز القانون أن ينفرد المساعد القضائي بالتصرف بل لا بدَّ من رجوعه إلى العاجز ليتخذ القرار (المواد ٣٩، ٥٠، ٧١، ٧٢، ٧٣ من قانون الولاية على المال)[٢]. وفي فرنسا حسم القضاء هذا الموقف حيث صرح حكم لمحكمة ريوم الفرنسية في ١٨٧٩/٦/١٨[٣] بأنَّ «الصمم والبكم والعمى وإن اجتمعت كلها في فرد لا تنقص من أهليته شيئاً متى ثبت أنَّه كان يتمتع بقواه الفكرية، ويستطيع أن يستبين في الإعلان عن إرادته بظهور ووضوح».

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة (١١٧ م م) أحكام تصرفات العاجز هذا بقولها: «ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعدة إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة». كما نظمتها المادة (٣٩) والمادة (٧١) من قانون الولاية على المال[٤].

بقاء أهلية الوجوب مع فقدان التمييز:

ثمَّ إنَّ هؤلاء الذين عدموا التمييز وإن فقدوا أهلية الأداء لكنهم لم يفقدوا أهلية

---

(١) يراجع: الأستاذ على حسب الله، الولاية على المال والتعامل بالدين، ط. مطبعة الجبلاوي سنة ١٩٦٧ ص (٧٤...).

(٢) المصدر السابق ص (٧٥ ـ ٧٦).

(٣) المذكور في داللوز ١٨٨٣، ٢، ٥٨ و ٥٩.

(٤) راجع في تفصيل ذلك: د. السنهوري، الوسيط ٣٧٦/١ ـ ٣٧٩)، والمراجع السابقة.

الوجوب، إذ أنّها تعيش مع وجود الإنسان فتحيا بحياته[1] وتموت بموته، فحينما يوجد الإنسان مستكناً في بطن أمه يوجد معه شيء يسمى بالذمة وهي بمثابة وعاء يسع لجميع حقوقه والتزاماته ـ أي ما له وما عليه ـ، ثمّ تنمو هذه الذمة التي هي مناط أهلية الوجوب مع الصبي إلى أن يبلغ السابعة من عمره فتتسع أكثر وهكذا إلى أن يبلغ رشيداً فتتكامل، والذمة في التشريعات الحديثة ليست خاصة بالإنسان وإنما تمنح أيضاً للدولة والهيئات ولكل مجموعة من الأشخاص الذين يهدفون إلى غاية معينة كالشركات ونحوها، ولكل مجموعة من الأموال التي تخصص لغاية معينة كالأوقاف والمؤسسات كما تنص على ذلك المادة (٥٢) من القانون المدني المصري والمادة (٤٧) من القانون العراقي[2]. والشخصية المعنوية ـ وتسمى بالاعتبارية والحكمية ـ تتمتع ـ كما سبق ـ بذمة مالية مستقلة، وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقررها القانون، ويكون له نائب يعبر عن إرادته (المادة ٥٣ م م)[3] والمادة (٤٨ م ع)[4].

وقد كان الاعتراف بالذمة المالية للإنسان ليس أمراً هيناً في الأفكار القانونية القديمة، فكانت تستصعبه جداً، إذ أنَّ ذلك يعني فصل جسم الإنسان عن التزاماته وحقوقه، والفكر القديم لا يتصور هذا الفصل بل كان ينفذ آثار التزاماته على جسمه إما بالتعذيب، أو بالاسترقاق فقد كان القانون الروماني يرفض الاعتراف بالذمة للإنسان باعتباره إنساناً وإنما يعترف بها للمواطن الروماني فقط وبثلاثة شروط أولها: أن يكون حراً، وثانيها: أن يكون من المواطنين الرومان الأصليين، وأمّا غيرهم حتى وإن كانوا تحت حكمهم فليس لهم ذمة الأداء ولا الوجوب، وثالثها: أن يكون مستقلاً ـ أي غير خاضع لسلطة رب الأسرة ـ فالابن مثلاً يظل خاضعاً لرب الأسرة فهو وماله له ولا تكون له أي أهلية ولا ذمة إلى أن تزول هذه السلطة بأحد الأسباب التي يقررها القانون

---

(١) ذكر الأستاذ السنهوري رحمه الله في الوسيط (٣٤٣/١): أنَّ الرقيق في القوانين التي تبيح الرق ليس له أهلية الوجوب، وهو لم يقصد قطعاً الشريعة الإسلامية لأنها تبيح الرق بشروطه ومع ذلك تثبت له أهلية الوجوب بل أهلية الأداء إذا أذن له السيد.

انظر: التلويح (٣٣٩/٢)، والمصادر الأصولية السابقة.

(٢) وكذلك المادة (٥٢) من القانون الليبي، و(٥٦) من القانون السوداني.

(٣) راجع: د. السنهوري، الوسيط (٣٤٢/١)؛ والمستشار العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل (١٥١/١ ـ ١٥٦)؛ والمجموعة التحضيرية للقانون المدني (٣٧٨/١).

(٤) ويراجع للقانون العراقي: د. عبد المجيد الحكيم (١٠١/١)، والمصادر السابقة.

الروماني منها موت رب الأسرة، هذا بالنسبة للذكـور، وأمَّا الإنـاث فلا يكتسبن الشخصية القانونية المتكاملة، بل هن خاضعات حتماً للوصاية الدائمة (نظم جايوس: ١، ١٤٥)[1].

وهكذا فلم تظهر نظرية الذمة المالية المتكاملة[2] ـ على حد تعبير بعض[3] ـ إلاَّ على يدي الفقيهيين الفرنسيين: أوبري، ورو[4] حيث انتشرت أفكارهما حول الصياغة الأولى لهذه النظرية في أواخر القرن التاسع عشر، والقرن العشرين، وشاعت فيما بعد بالنظرية التقليدية للذمة[5].

---

(١) انـظر تفصيل ذلـك في: د. شفيق شحاتـه، نظريـة الالتزامـاته في القـانون الـروماني ص (٣٨٢ ـ ٣٨٧)؛ و د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢١٢ ـ ٢٤٦).
هذا والأسرة في القانون الروماني تقوم على دعامتين:
١ ـ ارتباط أفرادها برابطة الدم.
٢ ـ والخضوع لسلطة رب الأسرة وهو يتمتع بالأهلية دون غيره من أفراد الأسرة فهو الممثل الوحيد لها.

(٢) يراجع في موضوع الذمة. د. السنهوري، الوسيط (٨/٢٢٤)؛ د. إسماعيل غانم، دراسة نقدية لنظرية الذمة المالية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة باريس ١٩٥١ ط. القاهرة سنة ١٩٥٧؛ و د. عبد الحي حجازي، نظرية الحق ص (١٤٦)؛ و د. حسام الدين الأهواني، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، ط. دار النهضة العربية ١٩٧٢ ص (٢٤٩)؛ و د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق ص (١٤٦)؛ و د. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق ص (١٣٥).
وهناك عدَّة رسائل علمية في باريس بخصوص الذمة منها: رسالة (Jallu) سـنة ١٩٠٢ م، ورسالة (Plastara) سنة ١٩٠٣، ورسالة (Ozelles) سنة ١٩٠٥، ورسالة (Rimpler) سنة ١٩١٠، ورسائل أخرى أشار إليها د. السنهوري، المرجع السابق (٨/٢٢٤). وراجع: د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، الطبعة الثالثة (٣/١٨٦)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران مع د. حسين النوري، مبادىء العلوم القانونية، ط. مكتبة عين شمس ص (٢٨١ ـ ٢٨٥)؛ و د. عبد المنعم الصده، مبادىء القانون ص (٢١٥)؛ و د. محمد علي عمران الوجيز في آثار الالتزام، ط. شركة سعيد رأفت سنة ١٩٨٤ ص (٢٦١، ٢٨٦)؛ و د. عبد المنعم الصده، مبادىء القانون، ط. دار النهضة العربية ببيروت عام ١٩٧٧ ص (٢١٥).

(٣) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص (٢٥٠).

(٤) انظر: كتابيهما المشار إليها في د. حسام الدين الأهواني، المصدر السابق ص (٢٥٠ ـ ٢٥١).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (٨/٢٢٤)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (٢٥٠).

غير أنَّ هذا الحكم العام قد جانبه عدم الدقة والاستقراء، حيث وصل الفقه الإسلامي إلى تقرير الذمة وتفصيل دقيق حولها ـ كما سبق ـ قبلهما بعدة قرون[1].

وقد كـان من نتائج النظرية التقليدية للذمة أنها هي الوجه المالي للشخص ـ أي الحقوق والديون ذات القيمة المالية له ـ وأنَّها الضمان العام للدائنين، وأنَّ ذمة الإنسان واحدة لا تتجزأ فتكون مسؤولة أمام جميع ديون صاحبها مهما اختلفت أسبابها، وأنها مرتبطة بصاحبها لا تنفك عنها، فلا تنتقل عنه إلى آخر مطلقاً[2]. غير أنَّ هذه النظرية لم تسلم من انتقادات شديدة تحت تأثير النظريات الجرمانية الحديثة التي نادت بنظرية ذمة التخصيص القاضية بإمكان الفصل بينها وبين صاحبها، وإمكان تعددها، بل إمكان وجودها دون استنادها إلى إنسان، بل كل ما ينبغي لتحقيقها هو تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين، وعندئذٍ لا حاجة إلى الالتجاء إلى فكرة الشخصية الاعتبارية حيث يتحقق لكل مجموعة ذمة تنفصم عن الأخرى، وبالتالي يمكن للشخص التنازل عن الذمة وإذا كانت هذه النظرية الجديدة قد وجهت معاولها لهدم النظرية التقليدية غير أنَّها وإن أثرت فيها بعض الشيء لكنها لم تنل ما كانت تصبو إليه وذلك لأنَّ التشريعات الحديثة ومنها التشريع المصري والعراقي[3] لم تقتنع بفكرة التخلي عن الشخصية المعنوية التي جاءت النظرية الألمانية لمحاربتها، كما أنَّها لم تتوغل في إمكانية الفصل بين الذمة وصاحبها وإن كانت قد اقتنعت بعض الشيء في إمكانية ذلك وعلى سبيل الاستثناء، وذلك لأنها رأت أنَّ في التوغل في هذا المضمار عاقبة لا تحمد، حيث لو قيل بها لأدت إلى تهيئة مناخ خصب للتحايل ومصدر للتهرب من مسؤولية الدين، بحيث يمكن لأي أحد أن يتخلص من مسؤولية أداء دينه عن طريق توظيف أمواله في شكل شركة تهدف إلى غرض معين وبذلك تكون ذمتها منفصلة عن ذمته[4].

هذا وقد ثار تساؤل حول مدى الجدوى في اعتبار الذمة للشخص؟.

فالفقه الغالب لا يزال يرفض المساس بفكرة الذمة المالية، أو النيل منها نيلاً

---

(١) يراجع المبحث الأول في هذا الفصل حيث نجد أنَّ نظرية الذمة والأهلية بنوعيها قد أشبعت بحثاً من قبل الفقهاء المسلمين القدامى.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٢٢٧/٨)؛ و د. إسماعيل غانم، المرجع السابق نفسه؛ و د. الأهواني: المرجع السابق.

(٣) فقد نصت المادة (٥٢) من القانون المدني المصري على إبقاء الشخصية المعنوية للدولة والهيئات والشركات ونحوها، وكذلك المادة (٤٧) من القانون العراقي.

(٤) د. السنهوري، الوسيط (٢٣٦/٨ ـ ٢٥١)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (٢٥٦).

كاملاً، وإنَّما يحاول دائماً تدارك ما ظهر منها من أوجه النقص والفتور وتلافي الملاحظات والعيوب التي بدت نتيجة للتطبيقات العملية لها[1]. غير أنَّ بعض الآراء الحديثة[2] يرى عدم الجدوى في اعتبارها، بل بالغ بأنَّ فكرة الذمة المالية لا تنطوي على جدوى سوى اختصار: «لمجموع ما للشخص ماله وما عليه من حقوق، وواجبات مالية»، في لفظ «الذمة»[3] وبرر موقفه بأنَّه يمكن الاستغناء عنها تماماً بخصوص الضمان العام للدائنين عن طريق تحليل الالتزام إلى عنصريه: المديونية والمسؤولية، حيث إنَّ الأولى رابطة بين المدين والدائن تفرض على المدين الوفاء، وعلى الدائن قبول هذا الوفاء، والثانية تختص بقدرة الدائن على اقتضاء حقه من المدين جبراً. إذن فالالتزام ـ بعنصريه ـ رابطة وعلاقة بين الشخصين، وهو بذلك الاعتبار يغني بوحده عن الالتجاء إلى فكرة الذمة المالية[4].

غير أنَّ هذا الرأي لم يسلم من نقد عنيف وذلك لأنَّ القول ـ بأنَّ الذمة لا طائل تحتها إلَّا اختصار مجموعة من الكلمات ـ فيه من المغالات ما لا تخفى، فالقانون المدني المصري ـ مثلاً ـ يُفسَّرُ كثيرٌ من أحكامها من خلال الاعتراف بالذمة المالية، فهي خير تفسير للدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، والدعوى الصورية، بالإضافة إلى أهميتها في حق الضمان العام للدائنين، وإنَّ ضمانهم لا يقتصر على الأموال الموجودة وقت نشوء حقوقهم فقط[5]. ومن جهة أخرى أنَّ هؤلاء إذا كانوا قد أرادوا هدم الذمة المالية فقد أتوا بما هو أعقد منها ففكرة المديونية والمسؤولية ليست بأسهل ولا أبسط من فكرة الذمة وبعبارة أخرى لم يستطيعوا التخلي عن اعتبار ما يكون أساساً للضمان العام المقرر للدائنين على أموال المدين[6].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٨/٢٤٨ ـ ٢٥١)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (٢٥٨)؛ وحسن كيره، المرجع السابق ص (٢٦ ـ ٣٢).

(٢) د. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٥٨، ص (١٣١ - ١٣٢)؛ ورسالته السابقة الإشارة إليها ص (٢٩ ـ ٣٦). وأيَّده الدكتور منصور مصطفى منصور، نظرية الحق ص (٢٠١)؛ وشمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية ١٩٥٩ ص ( ).

(٣) د. إسماعيل غانم، رسالته في الذمة ص (١٣١ ـ ١٣٢)؛ والمراجع السابقة؛ وراجع د. السنهوري، الوسيط (١/٢٤٨).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) أستاذنا الدكتور محمد علي عمران مع د. حسين النوري، مبادىء العلوم القانونية ص (٢٨٤).

(٦) د. السنهوري، الوسيط (٨/٢٤٢) وما بعدها؛ ود. الأهواني المرجع السابق ص (٢٦١) ـ ٢٦٢).

ولذلك استقر الفقه الحديث على عدم المغالات في التسليم بكل نتائج النظرية التقليدية، أو في رفع كل آثارها، فأبقى ما يتعلق بها بخصوص فكرة المجموع من المال، وخفف من فكرة الاندماج في الشخصية وحاول بذلك الوصول إلى تحقيق وسطية وتوازن، والأخذ بما هو الأنفع والأجدى من نتائجها، فقرر استناد الذمة المالية إلى شخص ـ كقاعدة عامة ـ وإن كان لم يمنع من ذلك[١]، لكن اشترط أن لا تتقمصه بالكامل وأن لا تغطي كل الصفات الشخصية[٢]. فعلى ضوء هذا التصوير الحديث يمكن للذمة انفصالها عن صاحبها، وتجزؤها وتعددها غير أنَّ ذلك لا يتم إلَّا بإرادة الشخص وبإذن قانوني صريح، إذ في بعض الأحيان تبدو أهمية إخضاع بعض أموال الشخص لنظام قانوني مستقل[٣]. وقد أخذ بهذا التصوير الحديث قانون الولاية على المال الصادر في سنة (١٩٥٢ م) حيث نص على أنَّ القاصر الذي يبلغ السادسة عشرة يكون أهلاً للتصرف فيما يكسب من عمله الخاص من أجر وغيره ثمَّ صرح بأنَّه لا يجوز أن يتعدى أثر التزامه حدود المال الذي يكسبه من مهنته وصناعته، كما نص على أنَّ للقاصر المميز أهلية التصرف فيما يسلم له، أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ولكن لا يتجاوز التزامه المتعلق بهذه الأغراض إلَّا في حدود هذا القدر من المال، فلا يجوز لدائنيه في هذه الأغراض التنفيذ على أمواله الأخرى[٤].

غير أن التشريع المصري وإن كان قد أخذ بهذه الأفكار خلافاً للنظرية التقليدية للذمة المالية فإنَّه لم يتماد فيه حيث أبقى على الشخصية المعنوية ولم يمسها بسوء، وجعل عدم تعدد الذمة لشخص واحد القاعدة العامة، فلا تتعدد ذمته إلَّا استثناء وبشروط معينة ـ كما سبق ـ فنراه على سبيل المثال قرر في حالة إفلاس التاجر بأن يده تغل بالنسبة لذمته الشاملة لجميع الأموال الداخلة في الذمة سواء كانت تتعلق بالتجارة أو لا تتعلق بها، وما ذلك إلَّا لأنَّ الذمة لا تزال في نظره وحدة لا تتجزأ كقاعدة عامة فنصت المادة (٢١٦) من القانون التجاري المصري على أنَّ غل اليد يشمل الأموال

---

(١) وذكر د. السنهوري، الوسيط (٢٥١/٨) أنَّه لا يشترط أن تستند الذمة المالية لشخص، بل إنَّ مجموع الأموال هو ذاته الشخص المعنوي مثل الوقف والمؤسسة.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٢٥١/٨)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (٢٦٢).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) انظر: د. الأهواني، المرجع السابق ص (٢١٧)؛ و د. محمد علي عمران مع د. حسين النوري، المرجع السابق ص (٢٧٣).

التي تؤول إلى المدين الملكية فيها وهو في حالة الإفلاس أي تشمل الأموال الحالية والتي لم تكن موجودة وقت شهر الإفلاس[1].

فقد التمييز في تشريعات أخرى:

يعترف القانون الروماني بالشخصية القانونية ـ أي أهلية الوجوب ـ للإنسان الروماني منذ كونه جنيناً إلى أن يموت، كما اعترف ببعض مظاهر الشخصية الاعتبارية لبعض الهيئات والجمعيات بشروط صعبة وفي حدود ضيقة وحدد القانون الروماني في عهد جوستنيان سن التمييز بالسابعة فالصبي الذي عمره دون السابعة والمجنون حالة جنونه، والرقيق، وغير المواطن الروماني ومن كان خاضعاً لسلطة رب الأسرة، والمرأة إلى العهد البيزنطي ليس لهم أهلية في القانون الروماني[2].

وأما القانون الفرنسي فكذلك جعل الصبي الذي لم يبلغ السابعة من العمر والمجنون والمعتوه[3] فاقدي التمييز، فقد نص في المادة (٤٩٩ م ف) على الحجر على المجنون، والمعتوه، كما نص المشرع الفرنسي الإيطالي في مادته (٢٢٩) على أنَّه ليس للصغير غير المميز حق التصرف من ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة، وقد نصت المادة (١١٢٤ م ف) على أنَّ عديمي الأهلية الذين ليس بوسعهم التعاقد هم: القصر، والممنوعون من التصرف في أحوال بيَّنها القانون (وقبل قانون فبراير ١٩٣٨ كان القانون ينص أيضاً على السيدات المتزوجات)[4]. وذكرت المادة (١١٠٩ م ف)

---

(١) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، الطبعة الثالثة (١٨٦/٣). وقارن ذلك بالإعسار المدني في أستاذنا الدكتور محمد علي عمران، الوجيز في آثار الالتزام، ط. شركة سعيد رأفت سنة ١٩٨٤ ص (١٣٩ ـ ١٤١).

(٢) انظر تفاصيل ذلك في: أستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢١٢ ـ ٢٥٥)؛ وأحكام الالتزام في القانون الروماني، ط. دار النهضة ١٩٦٥ ص (٨١)؛ و د. شفيق شحاته، المصدر السابق ص (٢٨٢ ـ ٣٩٦).

(٣) وذكر الفقه والقضاء في تحديد العته أنَّه لا يستخلص العته من ضعف الذاكرة البسيط، أو من بعض تهلهل الشيخوخة، ولا يستخلص من التعمق في الدراسة والمذاكرة التي استحدثت بعض التصورات الخرافية بشرط أن لا يقترن بها ما يؤثر على القوى العقلية، يراجع دالloz ١٨٦٨ ـ ١ ـ ٣٨٩، ويراجع في تفصيل مسألة فقد الأهلية: موراندييه، المصدر السابق ص (٩٨)؛ وجوسران، المصدر السابق (١٢٦/٢)؛ ومارسيل، المرجع السابق (٨٠/١).

(٤) المصادر السابقة، وموراندييه، المصدر السابق ص (١٩٨).

من بين أسباب بطلان الرضا فقدان الأهلية، كما عد الفقه الفرنسي والقضاء الوقوع تحت تأثير الخمر من أسباب إبطال الرضا[١]. وقد علل الفقه سبب بطلان تصرفات هؤلاء بعدم توافر الإرادة القانونية والرضا، فتكون كأنها لم تكن، كما أعاد قصد المشرع في هذا الحكم إلى حماية هؤلاء الأشخاص الضعاف من الوقوع في أضرار، أو أن يستغلهم الأقوياء للإثراء على حسابهم[٢].

هذا وقد أناط القانون الفرنسي أمر الحجر بالمحكمة فنص في المادة (٥٠٢ م ف) على أنَّه: «يكون لقرار الحجر، أو لتعيين مجلس الأسرة أثره من يوم النطق به، وتقع الأعمال التالية له باطلة» وقرر القضاء بأنَّ «الأعمال الواقعة من المحجور عليه في فترة نظر الاستئناف تكون باطلة إن صدر الحكم بتأييد الحكم المستأنف»[٣].

هذا وقد ذهب بعض الفقه مستنداً إلى صياغة المادة (١١٢٤ م ف) إلى شمول فقدان الأهلية لكل الحالات التي يفقد فيها الإنسان القدرة على إثبات التصرف، كما في حال منع محكوم عليه بعقوبة جنائية من التصرف في أمواله أو إدارتها مدة اعتقاله أو نحو ذلك[٤].

غير أنَّ أغلب الفقه ـ وهو السائد الآن[٥] ـ قد ذهب إلى رفض هذه الفكرة،

---

(١) جوسران، المرجع السابق (١/٣٢ بند ٥٩)، والمصادر السابقة، وراجع قضية نظرتها محكمة (Rennes) في ١٨٨١/٦/٦ المشار إليها في جوسران المرجع السابق نفسه حيث قرر القضاء الفرنسي فيها بأنَّ السكر الذي خمر القوى العقلية المفكرة يحول دون وقوع الإرادة في التعاقد وقوعاً سليماً، حتى وإن لم يكن هناك غش، أو تدليس. وراجع بهذا المعنى حكم محكمة انجير في ١٨٢٣/١٢/١٢ المشار إليه في دالloز ١٨٢٤ باب التعهدات فقرة ٣٤٨، وحكم محكمة تولوز في ١٨٦٣/٧/٢٥ المشار إليه في داللوز ١٨٦٣ ـ ١ ـ ١٣٩.

(٢) ويراجع: د. جميل الشرقاوي، رسالته السابقة ص (٢٥٦).

(٣) حكم دائرة الالتماس في ١٨٦٨/٧/٦ المشار إليه في داللوز ١٨٦٩ ـ ١ ـ ٢٦٧.

(٤) أوبرى ورو، جـ ٤ طبعة سادسة البند ٣٣٤ ص (٣٧١) المشار إليه في د. جميل الشرقاوي، رسالته في نظرية البطلان ص (٢٥٧)؛ ويراجع د. السنهوري، نظرية العقد بند ٣٢٧.

(٥) من أشد المدافعين عن هذه الفكرة، والرافضين لفكرة التوسع في مفهوم فقدان الأهلية: الأستاذ مارسيل بلانيول في شرحه للقانون المدني المسمى بالمطول ط ١٩٤٩ جـ ٢/٦٠، وبند ١٥٨ وما بعده وبلانيول وريبير واسمان جـ ٦ بند ٨٧ ص (١٠٧) المشار إليه في د. جميل الشرقاوي، رسالته السابقة ص (٢٥٧)؛ وموراندیه المصدر السابق ص (١٩٨).

والتوسع في فقدان الأهلية ليشمل هذه الحالات، وإلى التفرقة الواضحة بين موانع الأهلية وعوارضها، وذلك لأنـه ينظر إلى فقدان الأهلية من حيث الأساس، والعوارض التي تطغي عليها فتفقدها، لا من حيث الموانع، والتقييـدات، فالمحكـوم عليه المسجون مهما كان فهو يتمتع بأهليته الكاملة ما دام بالغاً عاقلاً ولا يؤثر فيها السجن ونحوه، فمناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز، وليس القدرة والاستطاعة بالفعل، فقد أوضح الأستاذ (موراندیه) الفرق بين عديمي الأهلية، وعدَّة مفاهيم أخرى قريبة منها، أو تختلط على البعض، وتتشابه عليه[1] ففرق بين عديم الأهلية، وعديم المسؤولية الفعلية، أو نحو ذلك مثل أن ينص القانون على حظر التعامل التجاري بـالنسبة لأشخاص بصفة عامة أو خاصة فتصبح بعض عقوده لاغية لا بسبب عدم الأهلية ولكن بسبب آخر يرتئيه القانون وقد يكون السبب عدم قابلية الشيء مثل مسكن العائلة حيث لا يجوز الحجر عليه أو بيعه وفاء لرهن (المادة ١٠ من قانون يوليه ١٩٥٩) وكذلك الأمر في حالة إفلاس التاجر وشهره فإنَّه يصبح غير قادر على إدارة أملاكه (المادة ٤٤ من القانون التجاري) وكذلك الحال في حظر القانون البيع بين الزوج والزوجة (المادة ١٥٩٥ م ف، وكذلك المواد من ٩٠٧ ـ ٩٠٩ م ف) فكل هؤلاء ليسوا عديمي الأهلية مع أنَّهم غير قادرين على إنشاء بعض العقود أو جميعها، ومثلهم في ذلك الشخص المحروم من أهلية الاستمتاع بأمواله حرماناً مطلقاً كالمحكوم عليهم، أو الموضوعين تحت الحراسة أو القيود المفروضة على الهيئات بعدم شراء عقارات خلاف المخول لها واللازمة لمباشرة مهامها وباختصار كما يقول (موراندیه) فالغرض من تقييد إرادة ورضا عديمي الأهلية هو حماية مصالحهم، وأمَّا غيرهم فالغرض من تقييد إرادتهم ترجع إلى المصالح العامة أو نحوها[2]. وقد قرر الفقه والقضاء في فرنسا أنَّ الصمم والبكم والعمى وإن اجتمعت كلها في فرد واحد لا تنقص من أهليته شيئاً متى ثبت أنَّه كان يتمتع بقواه العقلية، ويستطيع التعبير عن إرادته بأي شكل من الأشكال[3].

وفي القانون الإنجليزي اعتبر الصبي غير المميز، ومن كان فاقداً عقله لجنون أو نحوه من فاقدي الأهلية فقد نظم قانون رعاية القصر لسنة ١٨٧٤ م أحكام القاصرين

---

(١) موراندیه، المصدر السابق ص (١٩٨) بند ٣٤٩ ـ ٣٥٥.

(٢) أ. موراندیه، المصدر السابق بند (٣٥٥).

(٣) حكم محكمة ريوم في ١٨٧٩/٦/١٨ المشار إليه في داللوز ١٨٨٠ ـ ٥٨/٢، ٥٩ ـ ، ويراجع المصادر السابقة.

بشكل دقيق[1]. واشترط القضاء في صحة العقود وجود العقل والتمييز، واشترط أن يقوم بالعقد ولي الصبي غير المميز، وأن يكون هذا العقد محققاً لمصلحته، فالقاعدة العامة التي يسير خلفها القضاء الانجليزي هي التفرقة بين نوعين من التصرفات القانونية: «تصرفات قانونية تنطوي على مصلحة ظاهرة للصبي، وتلك التي تنطوي على ضرر له»[2]. فالتقسيم ثنائي - بعكس الفقه الإسلامي حيث التقسيم فيه الثلاثي - ومن هنا وسع القضاء في مدلول المصلحة لتشمل العقود التي تنطوي على مصلحة وإن كانت تتضمن شروطاً ضارة إذا ما تبين أنَّ هذه الشروط كانت شائعة أو مألوفة وقت إبرام العقد، وأنَّ المتصرف كان حسن النية في ذلك، فعلى سبيل المثال يكون الصبي ملزماً بالتصرفات التي أجراها ولي أمره، أو وصيه طالما كان مقتضى التصرف هو العمل على تلقى الصبي تعليماً، أو تدريباً حسناً، وتحقق له فيما بعد من جراء ذلك منفعة ظاهرة[3]. وقد أجمل القاضي (كاي) رأيه[4] بخصوص العقود الخاصة بتعليم، أو تدريب الصبي فقال: «ينظر بهذا الخصوص في المقام الأول إلى أنَّ هذه العقود متفقة مع القانون ومبادىء العدالة أم لا. فإذا ما تبين بعد الدراسة المتأنية للشروط الواردة في العقد الخاص بتعليم الصبي أنَّ هذا العقد كان في مجمله يتضمن مصلحة أو منفعة ظاهرة وليس فيه ما يخالف مبادىء العدالة ففي هذه الحالة لا يحق للصبي أن يعلن تنصله عن تنفيذ الالتزامات المذكورة المترتبة على العقد الذي تمَّ لأجله[5].

وبخصوص عقود السكران الذي فقد الوعي والتمييز فقد أوضح اللورد (الين) في قضية: (بت ضد سمث)[6]، إنَّ الشخص إذا كان في حالة سكر تام فإنَّه لا يملك في هذه الحالة العقلية التي تسمح له بإبرام العقود[7]، وكيَّف القضاءُ في بعض القضايا

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك: شيتي، المصدر السابق ص (٩) بند ١٤ و ص (٥٩٢ وما بعدها)؛ ووليستون، المصدر السابق بند ١٥ وبند ٦٨٣؛ ويوفيت مع سيمون، تعليقهما على مجموعة قوانين انجلترا باب الأهلية ص (٤٧٨ وما بعدها).

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٥٩٠ بند ١٠٩٧).

(٣) يراجع: شيتي، المصدر السابق ص (٥٩٠ - ٥٩١) بند ١٠٩٧، والقضايا التي أشار إليها.

(٤) قضية:

Claments V. Londoon And North Western (1894) 2 Q. B. 482, at P. 491.

(٥) حيثيات القضية السابقة ص (٥٠٢).

(٦) قضية:

Pitt. V. Smith (1811) 3 Comp. 33.

(٧) من حيثيات القضية السابقة.

مسألةَ التعاقد مع السكران باعتبارها تحايلاً بالإضافة إلى عدم وجود الوعي والإدراك، ففي قضية (جوري ضد جبسون)(١) دفع المدعي عليه الاتفاق بحجة أنه كان واقعاً تحت تأثير السكر حينما قام بتوقيع (الكمبيالة) حيث لم يكن يعرف ما الذي يقدم عليه وعلى هذا الأساس فإنَّ الموقع له كان على علم بحالته، فقبل القضاء هذا الدفع على أساس أن تحقيق مزايا من شخص في ظل ظروف كهذه يعتبر تصرفاً احتيالياً(٢). غير أنَّ القاعدة التي تحكم عقود السكران تكيَّف ـ بصورة عامة ـ على ضوء القواعد التي تحكم حالات اختلال العقل، فقد قال القاضي (بوتيسون) في قضية (مولتون ضد كمروكس)(٣): «تظهر الأحكام الحديثة في هذا الخصوص أنَّه عندما تكون حالة العقل غير معلومة للمتعاقد الآخر، وأنَّه ليس ثمة مزايا يرجى من هذه الحالة فإنَّ حجة الدفاع بأنَّ موكله كان واقعاً تحت تأثير السكر مردودة..»(٤). وفي قضية أخرى(٥) أوضح القضاء صعوبة الحكم بإبطال اتفاقات السكران إلَّا عند حالات يتحقق القضاء منها أنَّ السكر قد بلغ ذروته بحيث أصبح غير واع تماماً، وأنَّ الخمر قد سلبت منه العقل بالكامل أثناء تعاقده ففي هذه القضية قرر القضاء: «أنَّ العدالة لا تسعف الشخص ولا يساعده كي يتحرر من التزام تعاقدي، أو يتخلص من مستند وهو في حالة سكر بين إلَّا إذا استطاع أن يثبت للقضاء أنَّه قد أكره على ذلك، وأنَّ هناك مزايا غير عادلة قد انتزعت منه، أو أنه كان في حالة من السكر بحيث أنَّ الخمر قد سلبت منه العقل..»(٦).

ويظهر من أحكام القضايا الإنجليزي أنَّ الجزاء على عقود السكران هو: أنَّ السكر إذا بلغ ذروته بحيث لم يبق معه تمييز فإنَّ العقود التي تتم في ظل هذه الحالة

---

(١) قضية:

Gore V. Gibsen (1845) 13 M. V. M.

(٢) من حيثيات القضية السابقة.

(٣) قضية:

Melten V. Camroux (1849) 4 Ex. 17, 19.

(٤) من حيثيات القضية السابقة.

(٥) هي قضية:

Imperal Loan Co. V. Stone.

المشار إليها في شيتي، المصدر السابق ص (٥٨٥).

(٦) من حيثيات القضية السابقة.

تعتبر قابلة للإبطال بحيث يكون للسكران الحق بعد إعادة الوعي إليه الخيار في إجازتها، أو إلغائها، ويشترط أن يثبت السكران أنَّه كان على هذه الحالة أثناء التعاقد وأن يثبت أنَّ المتعاقد معه كان علم بحالته، لكن في مثل هذه الحالة يفترض أنَّه على علم بها. وإن لم يصل السكر إلى هذه الحالة فلا بدَّ لكي يحكم القضاء بإبطال اتفاقاته أن يثبت للقضاء أنَّه قد أكره على ذلك، أو أنَّ هناك مزايا غير عادلة قد انتزعت منه، أو أنه استعمل معه طرقاً احتيالية[1] ففي إحدى القضايا حكم القضاء بأنَّ إبرام عقد إيجار باستعمال طرق التحايل مع شخص في حالة سكر يعتبر قابلاً للإبطال لاعتبارات تتعلق بالعدالة[2]. وفي قضية أخرى قرر القضاء أنَّ العقد الذي أبرم في ظل حالة السكر يعتبر قابلاً للإبطال، وللشخص الذي كان في حالة سكر لحظة إبرام العقد الخيار في ذلك[3].

وأمَّا القانون العراقي فهو كنظيره القانون المصري في اعتباره الصبي دون السابعة، والمجنون من فاقدي الأهلية، لكنه يختلف معه في اعتبار المعتوه غير فاقد للتمييز، كما أنه يختلف معه في أنَّ الحجر على المجنون والمعتوه يتم تلقائياً وبحكم القانون دون الحاجة إلى حكم القضاء[4] فنص في المادة (٩٤ م ع) على أنَّ الصغير والمجنون، والمعتوه محجورون لذاتهم على عكس ما تقضي به المادة (١١٣ م م) بخصوص المجنون والمعتوه. وعلى هذا الأساس لم يبق هناك مجال للفقه العراقي ـ أو القضاء ـ أن يناقش موضوع التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أم بعده، حيث حسم القانون ذلك وحكم عليها بالبطلان ما دامت في حالة الجنون لكنه إذا وقع التصرف من مجنون غير مطبق حالة إفاقته فإنَّه يعتبر كتصرف العاقل (المادة ١٠٨م ع)[5]. وأمَّا المعتوه فحكمه حكم الصبي المميز (المادة ١٠٧ م ع).

---

(١) كما نص على ذلك في القضايا السابقة.

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٥٨٤)، والقضايا التي أشار إليها في هذا الخصوص.

(٣) شيتي، المصدر السابق نفسه، والمصادر السابقة.

(٤) يراجع في تفصيل ذلك: د. الحكيم، المصدر السابق ص (١٠٧)؛ والأساتذة: البكري والحكيم والبشير، المصدر السابق ص (٦٦)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق ص (٢٨٥)؛ و د. غني حسون، الوجيز (١٦٣/١)؛ و د. حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ص (٣٦)؛ وسلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ط. الشركة الأهلية ١٩٦٢ (١٠٢/١).

(٥) ونصها: «المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، وأما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرفات العاقل» وراجع المصادر السابقة.

هذا ولم يكتف المشرع العراقي بما ضمن قانونه المدني من مواد تخص فاقدي الأهلية، بل قام بسن قانون خاص وهو قانون رعاية القاصرين المرقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠ م) وبخصوص المساعدة القضائية للعاجز يكاد يتفق مضمون المادة (١٠٤ م ع) مع المادة (١١٧ م م) وبخصوص التصرفات الصادرة من الوصي فقد نصت المادة (١٠٥ م ع) على:

«١ ـ عقود الإدارة الصادرة من الوصي في حالة الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون، وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، والنفقة على الصغير.

٢ ـ أما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود الإدارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض، والصلح، وقسمة المال الشائع، واستثمار النقود فلا تصح إلَّا بإذن من المحكمة، وبالطريقة التي تحددها».

هذا وقد نصت المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (٨٨) لسنة (١٩٥٩) على عدم وقوع طلاق السكران، ولم يقيد ذلك بكون سكره بمباح، أو محظور، فيبقى النص على إطلاقه، وتدل المادة (٧) منه بمفهومها على عدم انعقاد نكاح السكران، لأنَّها اشترطت العقل، ويقاس على ذلك سائر تصرفاته القولية، لأنَّ القصد من أساسياتها والسكران لا قصد له ولا اختيار فتكون تصرفاته القولية باطلة[1].

الثالث ـ ناقص التمييز:

وهو من وجد عنده أصل الإدراك لكنه غير متكامل، أو اعتراه ضعف فيه، ويسمى هذا بناقص أهلية الأداء، كالصبي المميز والسفيه، وذي الغفلة، كما حددتهم المادة (٤٦) من القانون المدني المصري حيث نصت على أنَّ: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيهاً، أو ذا غفلة يكون

---

(١) استاذنا الدكتور عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه طبعة ٧٧ ص (١٢٧ ـ ١٢٨)؛ وأستاذنا الدكتور أحمد الكبيسي، أحوال الشخصية، ط. بغداد. هذا وقد فرَّق القانون الجنائي العراقي كنظيره المصري في المسؤولية الجنائية بين سكران بمحظور حيث يسأل جزائياً وبين سكران بمباح حيث لا يسأل. فقد نص قانون العقوبات العراقي الجديد المرقم (١١١) في سنة ١٩٦٩ في مادته (٦٠) على أنَّه «لا يسأل جزائياً بسبب كونه في حالة سكر، أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة، أو مخدرة أعطيت له قسراً، أو على غير علم منه بها».

ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون»[1]. ونحن نذكر هؤلاء وأحكامهم بإيجاز:

١ ـ الصبي المميز وهو من بلغ السن السابعة من عمره ولم يبلغ سن الرشد (المادة ٢/٤٥ م م)[2]. وقد حدد القانون المدني المصري سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة (المادة ٢/٤٤ مم). وحكم تصرفات الصبي المميز هو ما بينته المادة (١١١ م م)[3] حيث تنظر إلى تصرفاته من حيث النفع والضرر[4]، فما يعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً كهبته، ونحوها مما يؤدي إلى خروج شيء من ذمته دون مقابل فهو باطل بطلاناً مطلقاً ـ أي لا يترتب عليه أي أثر ـ وما كان منها يعتبر تصرفاً نافعاً كقبول الهبة والوصية والوقف ونحوها مما يؤدي إلى إدخال حق في ذمته دون مقابل فهذا صحيح. وما هو دائر بين الضرر والنفع بأصل وضعه ـ مع قطع النظر عن كون العقد الذي عقده[5] ـ كالبيع والإجارة ونحوهما مما يؤدي إلى إدخال شيء في ذمة القاصر مقابل إخراج شيء منه فهو قابل للإبطال لمصلحته، أي يكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد ولوليه حق إبطاله أو إجازته، ولكنه «يزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر

---

(١) وتقابل هذه المادة من التشريعات المدنية العربية المادة (٤٦) ليبي، و (٣٨) سوري، و(٥٣) سوداني.

(٢) وتقابلها: المادتان (٤٦، ١٠٦) عراقي و(٤٤، ٤٦) سوري و(٥١) سوداني و(٢١٥) لبناني، لكن جعلت هذه التشريعات كلها سن الرشد ثماني عشرة سنة.

(٣) وتقابلها من التشريعات المدنية العربية المادة (١١١) ليبي و (٩٧) عراقي و(١١٢) سوري و(٩٦) سوداني و(٢١٦) لبناني.

(٤) راجع تفصيل ذلك في: د. السنهوري، الوسيط (٣٥٧/١)؛ والموجز في نظرية العقد (ص ٧٩...)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٢٧٥/١)؛ و د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص (١٥٠ وما بعدها)، والمصادر السابقة.

وراجع أحكام محكمة النقض بهذا الخصوص منها: نقض مدني في ١٩٥٢/٢/١ مشار إليه في مجموعة القواعد ص (٨٣٩)؛ ونقض في ١٩٥٨/٢/٢٧ مشار إليه في مجموعة المكتب الفني السنة ٩ ص (١٦١) القسم المدني، ونقض في ١٩٦٢/٥/٣ مشار إليه في مجموعة المكتب الفني القسم المدني السنة ١٣ ص (٥٩٥).

(٥) وقد صدر قرار من محكمة النقض (في ١٩٥٢/٢/١ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ص ٢ رقم ٥٥ ص ٢٨٩) بأنَّ مجرد قصر البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لو تجرد التصرف من أي غبن...

وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٣٥٨/١)؛ و د. سليمان مرقس، عقد البيع، ط. ١٩٨٠ ص (٢٤١).

التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون» (الفقرة الثانية من المادة١١١ م م). ولا يسقط حق إبطال تصرفه حتى ولو لجأ القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته مثل أن يقدم شهادة مزورة تدل على بلوغه سن الرشد، أو وضع شارباً مستعاراً ليظهر له كبر عمره، لأنَّ هذه الأمور لا تغير من الحقيقة والواقع شيئاً غير أنَّه في هذه الحالة يجب على ناقص الأهلية أن يعوض المتعاقد معه باعتباره خطأً أدَّى إلى الضرر (المادة ١١٩ م م)[1]. هذه هي القاعدة العامة التي تحكم تصرفات الصبي المميز غير أنَّه استثنى منها ثلاثة استثناءات:

الاستثناء الأول للقاصر المميز - أي من بلغ السابعة من عمره - حيث أعطت المادة (٦١) من قانون الولاية على المال الحق في التصرف فيما يوضع تحت يده من أموال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط، وهذا الاستثناء قد منحه إياه القانون نزولاً لما تقتضيه الضرورة العلمية. وهل له أن يتبرع بما يوضع تحت يده لتلك الأغراض؟

هذا ما ثار حوله خلاف، فأجازه البعض بناء على أنَّ المال الذي يوضع تحت تصرفه يكون - عادة - قليلاً فلا يضره[2]، ولم يجزه آخرون بناءً على أنَّ الصبي ممنوع من التبرعات[3]. والرأي الأول - في نظرنا - حرى بالترجيح، وذلك لأنَّ الصبي قد أذن له إذناً مطلقاً - أو يحمل على الإطلاق - في حدود هذا المال القليل الذي وضع تحت تصرفه فإطلاق يده فيه لا يضر ببقية أمواله: كما أنَّ إجازة ذلك تجعله يتدرب على المعاوضة والتبرع فيذوق حلو تلك، ومُرّ ذاك فيكسبه خبرة، وما هو جدير بالتنبيه عليه أن مثل هذين الرأين موجودان في الفقه الإسلامي لأبي حنيفة ولصاحبيه بخصوص الصبي المأذون له بالتجارة[4]. وكذلك أجازت المادة (٦٢) من قانون الولاية على المال إبرام عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون غير أنَّه أناطت حق إنهاء العقد

---

(١) وعلى هذا كثير من قرارات محكمة النقض المصرية منها نقض مدني في ٧٠/٣/٣ طعن رقم ٩ لسنة ٣٦ ق مشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية ص (٥٩٨).

(٢) أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون المدني ص (٦٣)؛ وحسن كيره، أصول القانون ص (٧٥٩)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٥٤).

(٣) د. إسماعيل غانم، نظرية الحق ص (٢٠١)؛ و د. منصور مصطفى منصور ص (١٥٤).

(٤) انظر: مجمع الأنهر (٢/٤٥٥) مع ملاحظة ص (٤٤٩).

بالمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذوي الشأن لمصلحة القاصر أو لمصلحة ظاهرة أخرى[1].

الاستثناء الثاني لمن بلغ السادسة عشرة من عمره حيث نصَّت المادة (٦٣) من قانون الولاية على المال على أنَّه يكون القاصر الذي يبلغ سن السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر، أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته، ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف المذكور، وعندئذٍ تجري أحكام الولاية والوصاية. وهذه الأهلية تثبت له بقوة القانون دون الحاجة إلى صدور إذن من الولي أو من المحكمة[2].

الاستثناء الثالث لمن بلغ سن الثامنة عشرة حيث يكتسب كثيراً من الحقوق، ويكون له الحق في كثير من التصرفات، فله حق مباشرة التجارة إذا صدر له الإذن من المحكمة وتكون أهليته حينئذٍ كاملة[3]، وله كذلك أهلية إدارة أمواله كلها أو بعضها بعد أن يأذن له الولي أو المحكمة إن لم يكن له ولي، ولا بدَّ أن يتم الإذن بإشهار رسمي أمام الموثق، كما أنَّ سحب إذنه، أو تقييده يتم بإشهار آخر ثمَّ إنَّ أهليته مقيدة بعدة قيود فهناك أعمال لا يجيزها القانون للقاصر مثل إيجار الأراضي الزراعية كما أنَّه لا يستطيع أن يفي الديون الأخرى إلَّا بإذن خاص من المحكمة، أو من الوصي[4]، ومن جهة أخرى أنَّ مباشرته لأعمال الإدارة تكون تحت الرقابة، فللولي أو المحكمة سحب ذلك الإذن أو تقييده وأجاز قانون الوصية المرقم (٧١) لسنة (١٩٤٦) للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة أن يوصي ببعض أمواله، وهذا التصرف وإن كان من التصرفات الضارة ضرراً محضاً لكن القانون أجازه باعتبار أنَّه من أعمال القربى، وأنَّ ضرره المادي يكون بعد موته، وكذلك أجازت المادة (٦٠) من قانون الولاية على المال أن يتزوج، وإذا أذنت المحكمة للقاصر بالزواج كان ذلك إذناً له بالتصرف في المهر والنفقة.

ومن خلال هذا العرض يتبين لنا أنَّ المشرع المصري لم يسو بين جميع سني التمييز (من السابعة إلى الواحدة والعشرين) حيث فرَّق بين من بلغ السادسة عشرة وبين

---

(١) وراجع: د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٥٤).

(٢) د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٥٧).

(٣) د. ألاهواني، المرجع السابق ص (١٥٦).

(٤) المرجع السابق نفسه ص (١٥٧).

من لم يبلغ، وبينهما وبين من بلغ الثامنة عشرة، حيث إنَّ من بلغ السادسة عشرة أصبح أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله في حين أنَّ ذلك الحق لم يعط لمن كان دون هذه السن، وأمَّا من بلغ الثامنة عشرة فيتحقق له أهلية التجارة والإدارة بالشروط السابقة فعلى هذا فمراحل الصبي المميز ثلاث: من السابعة إلى السادسة عشرة ومنها إلى الثامنة عشرة، ثمَّ منها إلى سن الرشد أي الواحدة والعشرين وفي كل مرحلة له بعض أحكام خاصة.

٢ ـ السفيه:

وهو من ناقصي التميز، وقد فسرت معناه أحكام محكمة النقض المصرية بشكل دقيق فنطقت في حكم لها في ٢٧/ ٣/ ١٩٧٤ بأنَّه: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنَّ السفه تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً، وهو فكرة معيارية بنيت بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، ومن ضوابطه له خفة تعتري الإنسان فتحمله على خلاف مقتضى الشرع»[1]. فقد بينت تعريف السفه بوضوح وجعلت التصرفات الظاهرة علامات على نقص في إدراكه وضعف في تمييزه ثمَّ وضعت خفة العقل ضابطة له، وقررت في حكم آخر في ٢/٢/١٩٦٦، بأنَّ مجرد إنفاق المال لا يكون دليلاً على السفه، كما أنَّ الإنفاق على أعمال الخير وفي صلة الرحم لا يكون سبباً للحجر وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أنَّ محكمة الموضوع قررت الحجر على الطاعنة بناء على أنَّها قد أنفقت مبالغ لها تصل إلى ثلاثة آلاف جنيه بالإضافة إلى الإيراد الناتج من ثلاثين فداناً على الرغم من ضآلة مطالبها، إذ لا تحتاج إلاَّ للمأكل والملبس، والمسكن، وهي تعيش بمفردها وليس لديها من تجب عليها نفقته، وأنها تتمادى في الإسراف وسوء التصرف فتنزل عن كل أطيانها الزراعية بطريق الهبة لأحد أولاد أختها مؤثرة إياه على بقية أخوته ولو تمَّ ذلك لتجردت من أملاكها، فكل أولئك في نظر المحكمة دلائل على أنَّها قد وصلت في سوء التقدير والتصرف في المال إلى الحد الذي يبرر رسمها بالسفه ويسوغ بالتالي توقيع الحجر عليها فقضت محكمة النقض بأنَّ «هذه التقديرات من الحكم مما تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراحم والتضامن الاجتماعي، ومما يحض عليه التشريع الإسلامي وبالتالي فهي لا تنطوي على خفة من جانب الطاعنة، وليس فيها ما ينبىء

---

(١) نقض مدني في ٢٧/٣/١٩٧٤ رقم الطعن ٣١ س ٤٠ ق، وحكم آخر في هذا المعنى نفسه: نقض في ١٨/٥/١٩٦٦ طعن ٣٠ س ٣٤ ق ونقض ٢/٢/١٩٦٦ طعن ٣١ سن ٣٣ ق، ونقض ١٨/٥/١٩٦٦ طعن ٣٠ س ٣٤ ق مشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية ص (٥٠٨).

عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع، ولا يتحقق لها مقتضاه، فإنّه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه[1]. فعلى ضوء هذا أنَّ مجرد الإنفاق ليس دليلاً على السفه، وإنَّما السفه يتحقق بالإنفاق في شيء غير مشروع مع خفة العقل.

٣ ـ ذو الغفلة:

وهو أيضاً يعتبر من ناقصي التمييز وأهلية الأداء، وقد عرفته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها في ١٩٧٨/٤/١٩ بأنَّ: «الغفلة ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنَّما تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإدارة والتقدير وهي على هذا الوصف وإن كان يرجع في إثباتها، أو نفيها لذات التصرفات التي تصدر من الشخص إلَّا أنَّه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل إثباتاً ونفياً من أقوال المحجور عليه في التحقيقات، ومن مناقشتها له. . .»[2]. وقالت في حكم آخر لها في ١٩٧٢/١٠/٢٥: «الغفلة هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير، وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الراجح منها، أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة، أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع»[3]. فهذا الحكم قد وضع معياراً دقيقاً لذي الغفلة يتكون من عنصر باطني، وعنصر ظاهري، يتمثل الأول في وجود ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس، ويتجسم الثاني في أنَّ تصرفاته ـ عموماً ـ غير رابحة، وأنَّه سريع الانخداع، وأنَّ هذه الصفة راسخة فيه بشكل يهدد ماله بالضياع فيما لو استمر دون الحجر عليه، ثمَّ قضى هذا الحكم نفسه بأنَّ مجرد إهمال، أو سهو في التعامل مما يقع فيه الرجل العادي لا يعتبر دليلاً على الغفلة[4].

ومحكمة النقض في تعريفها للسفه والغفلة لم تخرج عن تعريفات الفقه

---

(١) نقض ١٩٦٦/٢/٢ طعن ٣١ س ٣٣ ق مشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية (٢/٥٠٨ ـ ٥٠٩)، ونقض آخر شبيه به في ١٩٥٧/٦/٢٠ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٩ ص (٦١٩).

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/١٩ طعن ٣٣ س ٤٦ ق.

(٣) و (٤) نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ طعن ٢٠ س ٣٨ ق.

الإسلامي لهما ـ كما سبق ـ بل قد بنت عليه تعريفاتها لهما، حتى أدخلت خلافات الفقهاء في نظرها فقالت في حكم لها في ٥٤/١٢/٢٣: «لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة، فقال بعضهم: إنَّه الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن في تصرفاته، ويرى آخرون أنَّه امتداد لفكرة السفه على أنَّه من المتفق عليه أنَّها من العوارض التي تعتري الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنَّما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإرادة وحسن التقدير. . .»[1].

الفرق بين السفيه وذي الغفلة:

وهما وإن اشتركا في سوء التصرف والتقدير، وفي كون كل منهما قد اعتراه ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس إلَّا أنَّهما يختلفان في نوعية الضعف فالسفيه ضعيف في ملكة ضبط الشهوة بحيث تطغي شهوته على عقله، وتسيطر شهوة الإتلاف والتبذير على إرادته، ويتسلط حب الملذات على تفكيره في العاقبة فيصرف ماله في سبيل الوصول إلى ملذاته بأي ثمن كان، ولا يساوي ماله شيئا أمام تحقق إحدى رغباته ولذلك يبذر ويهلك ماله فيما لا يقتضيه العقل والشرع، وأما ذو الغفلة فضعفه في ملكة إدراكه ووعيه وتركيزه، بحيث لا يهتدي إلى ما هو الأكثر نفعاً وربحاً، ولا يستطيع أن يبتعد عن الخسارة والغبن فهو سليم الطوية بسيط التفكير ساذج التقدير سهل المراس بحيث يستطيع الآخر أن يخدعه بأيسر وسائل الانخداع، ومن جهة ثانية فالسفيه كامل الإدراك مبصر بعواقب فساده، وقاصد إتلاف ماله لقاء وصوله إلى رغباته، أما ذو الغفلة فغير قاصد ذلك لكنه يقع في الخسارة والغبن وتضييع المال رغم أنفه وهذا ما قضت به محكمة النقض في ١٩٧٥/٥/١٤[2] فالنتيجة واحدة أو تكاد تكون، وإن كانت الأسباب مختلفة.

---

(١) نقض ١٩٥٤/١٢/٢٣ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٩ ص (٣٨٦).

(٢) فقد قضت بأنَّ السفه والغفلة يشتركان في معنى عام واحد وهو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلَّا أنَّ ذا الغفلة يختلف عن السفيه في أنَّ الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار فيغبن في معاملاته، ويصدر في فساده عن سلامة طوية وحسن نية، بينما الثاني كامل الإدراك مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الإتلاف على إرادته. «نقض ٧٥/٥/١٤ طعن ٢٠ س ٤٠ ق وصدر بهذا المعنى قبل هذا الحكم عدة أحكام منها: نقض مدني في ١٩٥٥/٤/٧ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٣ =

أثر السفه والغفلة على الرضا:

لا شك أنَّهما ـ كما سبق ـ يؤثران في التمييز الذي هو ركن للرضا وبالتالي يكون رضاهما ناقصاً[1]، وأمَّا تصرفاتهما القولية فتكون متأثرة بهذا النقص حيث لا تكون مثل تصرفات كامل التمييز، فقد فصل فيها القانون المدني المصري وفرق بين تصرف صادر قبل تسجيل قرار الحجر، وتصرف بعده، وحكم في مادته (١١٥) بأنَّه «إذا صدر تصرف من ذي الغفلة، أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ـ كما سبق ـ». فعلى ضوء هذه المادة تكون تصرفاتهما بعد تسجيل القرار باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت ضرراً محضاً، لكنه استثنى منها الوقف، والوصية حيث يصحان منهما دون الصبي المميز[2]، إذا أذنت لهما المحكمة (المادة ١١٦ م م). وتكون صحيحة إذا كانت نفعاً محضاً، وقابلة للإبطال لمصلحتهما إذا كانت من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[3] وهما في الواقع كالصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة حيث تثبت لهما أهلية الاغتناء وتتقيد أهلية الإدارة والتصرف بالقيود التي ذكرناها له، وتنعدم أهلية التبرع إلاَّ في الوقف والوصية فقد نصَّت المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال على أنَّه: «يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون». وهذه المادة قريبة من نص المادة (١١٦ ـ ٢ ـ م م).

= ص (١٣٧)، ونقض ١٩٥٥/١١/١٠ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠١ ص (١٤٨)، ونقض ١٩٥٦/١١/١٩ مشار إليه في المراجع السابع ٧ رقم ١٤ ص (١١٧).

(١) وقد نصت المادة (٤٦ م م) على أنَّ «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما قرره القانون». وتقابل هذه المادة من التشريعات العربية المادة (٤٨) سوري، و(٤٦) ليبي، و(٥٣) سوداني.

(٢) لكن مع ملاحظة أنَّ الصبي المميز البالغ من العمر الثامنة عشرة تجوز له الوصية بشروطها ـ كما سبق ـ.

(٣) فقد قضت محكمة النقض في ١٩٧٦/٢/٣ طعن ٣٠٨ و س ٤٢ ق بأنَّه: «لما كان عقد البيع من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر على أساس أنَّه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فإنَّه طبقاً للمادتين (١/١١٥ و ٢/١١١) من القانون المدني يكون التصرف بالبيع الصادر من المحجور عليه للغفلة أو السفه قابلاً للإبطال لمصلحته...». ونقض آخر في ١٩٧٨/١١/١٦ طعن رقم ٩٥٤ س ٤٤ ق. وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٣٦٩/١).

وأما تصرفاتهما قبل تسجيل قرار الحجر فتكون صحيحة، ولا يمكن إبطالها تأسيساً على، السفه، أو الغفلة إلاَّ في حالتين:

إحداهما: ما إذا استغل العاقد الآخر حالة السفه، أو الغفلة مثل أن ينتهز الغير هذه الفرصة فينشيء معه تصرفات فيبتز أمواله للإثراء منها، وحينئذٍ تكون باطلة إذا كان من أعمال التبرع، وقابلة للإبطال إذا كانت من أعمال التصرف أو الإدارة.

الحالة الثانية: هي ما إذا كان التصرف قد تمَّ نتيجة تواطؤ السفيه أو ذي الغفلة مع المتعاقد الآخر، ويتحقق التواطؤ عندما يتوقع السفيه، أو ذو الغفلة توقيع الحجر عليه فيعمد إلى التصرف في أمواله كلها أو بعضها مع من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب عليه(١).

ومما ينوه به أنَّ مجرد علم المتعاقد الآخر بسفه العاقد معه أو غفلته لا يكفي للحكم ببطلان التصرف إلاَّ إذا انضم إليه الاستغلال الفعلي أو التواطؤ بحيث حصل فعلاً من وراء العقد معه على فوائد وميزات، فقد قضت محكمة النقض في ١٩٧١/٤/٢٠ بأنَّه: «يشترط وفقاً للفقرة الثانية من المادة (١١٥) من القانون المدني لإبطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال، أو تواطؤ، وذلك بأن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة، ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة، فلا يكفي لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردد فيه المتصرف من سنه، بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ(٢).

---

(١) وقد صدرت بهذا الخصوص أحكام كثيرة منها نقض مدني في ١٩٧١/٤/٢٠ طعن ٣٨٣ سنة ٣٦ قضائية. ونقض مدني في ١٩٦٩/١/٢٨ مشار إليه في مجموع أحكام النقض سنة ١٩٦٩ رقم ٣ ص (١٢٨)، ونقض مدني في ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٩٦ س ٣٥ ق مشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية (٥١٤/٢)، ونقض مدني في ١٩٧٩/٣/١٥ طعن ٤٥٠ سنة ٤٦ قضائية.

(٢) نقض مدني في ١٩٧١/٤/٢٠ طعن رقم ٣٨٣ س ٣٦ ق، ونقض مدني في ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٩٦ س ٣٥ ق مشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية (٥١٣/٢، ٥٩٨). وراجع قرارات أخرى لمحكمة النقض المدنية منها: نقض في ١٩٦٥/٦/٢٤مشار إليه في مجموعة أحكام النقض سنة ١٩٦٥ رقم ١٢٩ ص (٨١٥).

وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٣٧١/١) والأحكام المشار إليها فيه على ضوء القانون القديم والحديث حيث قال: «وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في عهد التقنين القديم، وأكَّده التقنين الجديد...». والمصادر السابقة.

أثر فقد التمييز، أو نقصه على الرضا:

سبق أن ذكرنا أنَّ فقد التمييز يؤدي إلى فقد الرضا بالكامل، وبالتالي بطلان التصرفات التي يقوم بها فاقدو التمييز، وكذلك يؤدي نقص التمييز إلى بطلان بعض العقود أو قابليتها للإبطال ـ على التفصيل السابق ـ والسبب في بطلان عقود فاقدي الأهلية ظاهر، حيث إنهم ما داموا لا يمتلكون الإرادة فلا يملكون إنشاء التصرف لأنَّ هذا مبني على تلك، ومن هنا جاء القانون فمد مظلة الحماية إليهم، غير أنه ثار التساؤل حول التكييف الفقهي لسبب البطلان، أو القابلية للإبطال عند نقص الأهلية؟ فقد كيف الفقه ذلك من خلال وسائله الفنية حيث يجعل صغر السن، أو السفه، أو نحوهما قرينة قانونية على عدم سلامة الرضا، ولا يطلب من الفقه أو القانون تحديد هذا النقص أو العيب، ولا إثباته، بل يكتفي فيه بالمظاهر التي ربط القانون بها وجود القرينة ليباح التمسك بالبطلان استناداً إلى هذه الحالة العقلية التي تستوجب الحماية القانونية لذويها[1].

ثمَّ إنَّ القانون المصري ـ ومعه غالب الفقه ـ[2] لم يجعل الحماية القانونية المحور الأساسي للنظر في عقود فاقدي الأهلية، أو ناقصيها بدليل أنَّه حكم على عقود فاقدي الأهلية بالبطلان المطلق وعلى عقود ناقصي الأهلية بالبطلان النسبي، في حين أن منطق الحماية يقتضي أن يكون الأثر في فقدان الأهلية هو البطلان النسبي، وذلك لأنَّ القصد من الحماية هو رعاية من تشمله الحماية من الضرر بحيث إذا وقع الضرر عليهم يكون لهم، أو لمن يمثلهم الحق في إزالته ورفع الحيف عنهم، وهذا يقتضي أن يكون هذا الحق مقصوراً عليهم لا يمنح للعاقد الآخر الذي تعاقد معهم، مع أنَّ القول بالبطلان المطلق يجعل العقد معدوماً، ويكون العاقد معهم في حل عن الاتفاق أيضاً، ولذلك ارتأى بعض الفقه[3] أن يكون الجزاء في حالة فقد الأهلية ونقصها هو البطلان النسبي وذلك لأنَّه من الممكن أن يعقد فاقد الأهلية عقداً يعود بالنفع إليه فلا

---

(١) د. جميل الشرقاوي، رسالته في البطلان ص (١٦٣).

(٢) جوسران، (٢/١١١) و د. السنهوري، المصدر السابق (٣٧١/١)؛ وبهجت بدوي، المصدر السابق ص (١٣٠ ـ ١٣١)؛ وجابيو، رسالته ص (١٩٥)؛ وأوبري ورو، المصدر السابق (٤/ بند ٣٤٣)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٦٦)؛ و د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٦٣) وغيرهم.

(٣) د. جميل الشرقاوي، رسالته في نظرية البطلان ص (٢٦٤). وقد اعتمد في ذلك على بعض الفقه الفرنسي.

يكون بحاجة إلى الحماية، بل ليس من مصلحته أن يلغي هذا الاتفاق، ثمَّ انتقد هذا البعض موقف الفقه السائد، والقانون المصري انتقاداً شديداً فقال: «ورأى هذا الفقه، وبالتالي مسلك القانون المصري لا يسنده لا المنطق القانوني، ولا مقتضى فكرة الحماية التي يهدف نظام فقدان الأهلية إلى تحقيقها»[1] .

وفي تقديري أنَّ هذا الاتجاه قد بنى كل تصوراته على فكرة الحماية وجعلها المعيار الأساسي، ثمَّ رتب عليه نتيجته في عدم التفرقة بين عقود فاقدي الأهلية، وناقصيها، مع أنَّ فكرة الحماية يجب أن تأتي كمرحلة ثانوية في دائرة العقود التي اتَّفق الفقه والقانون على أنَّ مبناها على الإرادة والرضا، وإلَّا فكيف يسوي بين عقود من ليست له الإرادة، وعقود من له الإرادة لكن عرض عليها عارض وهل تستوي عقود المجنون الذي لا يعي، وعقود السفيه الذي يدرك الأمور، ويفرق بين الضرر والنفع؟ ثمَّ إننا ما دمنا بصدد العقود داخل نطاق سلطان الإرادة، فلا يسمح لنا القول بإهدار الإرادة وأثرها، ثمَّ اللجوء إلى فكرة الحماية بوحدها لنبني على ضوئها آثار العقود، فإذا أعرضنا عن فكرة الحماية بهذه القوَّة، وعدنا إلى العقود باعتبار مبناها، ونظرنا إلى عقود فاقدي الأهلية، وناقصيها وقمنا بترتيب الآثار داخل هذا النطاق دون الالتجاء إلى الأمور الخارجية عنه لوجدنا أنفسنا مضطرين إلى القول بالتفرقة بين الأثر المترتب على عقود من ليس له الأهلية والرضا، وعقود من يتمتع بها لكنها ناقصة، ويكون حينئذٍ منطق القانون المصري والفقه السائد سليماً يسنده المنطق القانوني، وفكرة سلطان الإرادة.

هذا ومن آثار فقد التمييز، ونقصه أنَّهما يؤديان إلى الحجر على من يتصف بأحدهما، وبالتالي خضوع هؤلاء إلى نظام الوصاية عليهم، ورقابة تصرفاتهم، كما نصت على ذلك المادة (٤٧ م م)[2] بقولها: «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة بالشروط، ووفقاً للقواعد المقررة في القانون»[3]. والقانون المراد تطبيقه في هذا الصدد هو قانون الولاية على المال (المرقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) حيث نظم أحكام الولاية على مال القاصر (الصغير) والولاية على

---

(١) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق نفسه.

(٢) تضاهي هذه المادة من التشريعات المدنية العربية: المادة (٤٦) عراقي و (٤٧) ليبي و (٤٩) سوري، و (٥٤) سوداني.

(٣) يراجع: أنور العمروسي، المرجع السابق (١٤٨/١)؛ و د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٧٤)؛ والأستاذ الشيخ علي حسب الله، الولاية على المال.

أموال البالغين المحجور عليهم لفقد التمييز كما في المجنون والمعتوه، أو لنقصه كما في السفيه وذي الغفلة، ثمَّ إنَّ الولاية سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية لغيره وباسمه، لسبب يقرره القانون، وتكون آثارها له، لا لمن قام به. ثمَّ إنَّ الولاية على مال القاصر للأب، ثمَّ لوصيه، ثمَّ للجد، ثمَّ إن لم يوجد تعين المحكمة وصياً، وللولي الحق في القيام بالأعمال النافعة نفعاً محضاً والأعمال الإدارية لأمواله، وبالمعاوضات، وللمحكمة وقف الولاية أو سلبها وأمَّا الوصاية فهي تكون لغير الأب والجد وهي تثبت بواسطة المحكمة بخلاف الولاية التي تثبت بقوَّة القانون، ثمَّ إذا لم يكن ولي، ولا وصي تكون الولاية للقاضي وفي ذلك تفصيل خارج عن نطاق بحثنا[١].

الغرض من فرض الولاية على فاقدي التمييز وناقصيه:

يستهدف فرض الولاية على هؤلاء وعدم الاعتداد بتصرفاتهم بالنسبة لفاقدي التمييز، أو تقييدها بالنسبة لناقصيه: حمايتهم من الوقوع في الخسارة ومن ضياع أموالهم[٢]، ولا يقصد بذلك العقاب وهذا ما بينه قرار محكمة النقض في ١٩٧٧/١/٥ بقوله: «. . .، إذ كان الحجر للعته لا يقصد منه توقيع عقوبة على من اعتراه هذا العارض من عوارض الأهلية، وإنَّما يستهدف المشرع حماية أمواله بأن يدرأ عنه ما قد تؤدي إليه حالته فيصبح عيالاً على المجتمع، ومن ثمَّ فليس بلازم أن يعلق توقيع الحجر على ثبوت حصول تصرفات للطاعن تدل على فساد التدبير طالما تحقق بموجب الحجر بقيام حالة العته لديه»[٣]. والمشرع حينما يربط الرضا بالتمييز يهدف من وراء ذلك إلى أن يحيط التصرف القانوني بسياج من الضمانات حتى يكون وسيلة عادلة لتبادل القيم، لا أداة يثري بها القوي على حساب الضعيف، وحتى لا يقع من أصيب في إرادته ورضاه في إبرام تصرفات لا تؤدي إلى النتيجة الاجتماعية المتوخاة.

وحينما أرجعنا فقدان الأهلية ونقصها إلى العقل والتمييز وجعلنا الهدف من تأثيرهما في التصرف حماية من يتصف بأحدهما يخرج بكل وضوح الحالات التي تحد فيها قدرة شخص على إبرام التصرفات القانونية لتحقيق هدف آخر غير حماية الشخص

---

(١) يراجع: د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٧٩ ـ ١٨٦)؛ والأستاذ علي حسب الله، المصدر السابق ص (٢٧ ـ ٧٨).

(٢) د. جميل الشرقاوي، نظرية الالتزام ص (٦٦)؛ ونظرية البطلان ص (٢٦٢).

(٣) نقض مدني في ١٩٧٧/١/٥ طعن ٢٣ س ٤٤ ق مشار إليه في مجموعة المبادىء القانونية التي أقرتها محكمة النقض (٥١١/٢).

فالقانون يمنع المحكوم عليه بعقوبة الجناية[1] من إدارة أمواله وأملاكه مدة اعتقاله إلاَّ بإذن المحكمة، وبغير هذا الإذن تكون التزاماته باطلة، بل يختار لنفسه قيماً أو تعينه المحكمة، كما تنص على ذلك المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري، فهذا المنع وإن كان فيه مصلحة الممنوع بتدبير من يدير أمواله أثناء اعتقاله لكن المشرع لم يقصد به هذه الحماية بل أراد به حماية المصلحة العامة وحرمان المحكوم عليه عقاباً له، وغل يده حتى لا يستخدم أمواله في الحصول على مزايا غير مشروعة، أو تدبير هروبه أو نحو ذلك، ومن هنا تختلف عوارض الأهلية عن موانع الأهلية فالشخص المتصف بعوارض الأهلية لديه نقص أو فقدان للعقل والتمييز ولذلك يستهدف المشرع من الحد في تصرفاته أو إلغائها حمايته، وأما الشخص المتصف بموانع الأهلية كالمحكوم عليه في جناية فالقانون ـ كما قلنا ـ يهدف من وراء تقييد رضاه إلى إيقاع عقوبة تبعية عليه[2]، كما أنَّه كامل الإدراك والتمييز، وكالغائب الذي غاب أكثر من سنة ـ سواء كان

(١) د. جميل الشرقاوي المرجع السابق ص (١٦٦).

وهذا الحكم ليس عاماً لكل من عوقب بعقوبة جناية بل خاص بما نص عليه القانون، حيث قررت محكمة النقض أنَّ كل حكم بعقوبة جناية لا يستلزم بصفة عامة ترتيب الحرمان المنصوص عليه في المادة (٢٥ عقوبات) فالأحكام الصادرة من محاكم غير عادية عن جرائم مؤثمة بأمر من أوامر السيادة لا ينطبق عليها هذا النص، لأنَّه لا ينطبق إلاَّ على الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، أو الواردة في القوانين الأخرى، واللوائح الخاصة...»، نقض مدني في ١٩٥٥/٦/٢٣ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض السنة السادسة رقم ١٧٧ ص (١٣٠٧)، وراجع د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٧٠)؛ و د. السنهوري، الوسيط (٣٧٦/١).

(٢) العقوبة التبعية تلحق المحكوم عليه بقوة القانون.

وقد ذهب الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم في: محاضرات في النظرية العامة للحق ص (٢٢٣) إلى أنَّ العقوبة هنا تكميلية. وهي إنَّما تلحق المحكوم عليه إذا نص عليها قرار الحكم صراحة. وهذا الرأي معارض بما قضت به محكمة النقض في حكم حديث لها في ١٩٧٩/٦/١٣ طعن ١٢٩ سنة ٤٨ قضائية فقالت: «... وإن كانت عقوبة الحرمان التبعية المنصوص عليها في البند: رابعاً من المادة (٢٥) من قانون العقوبات ـ أياً كان الباعث على تقريرها ـ تستتبع عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم سواء بصفته مدعياً أو مدعياً عليه، ولئن كان البطلان الذي يلحق أي عمل من أعمال الإدارة أو التصرف الذي يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون هو بطلان جوهري... إلاَّ أنَّ هذا الحجر القانوني باعتباره عقوبة تبعية ملازمة للعقوبة الأصلية موقوف بمدة الاعتقال تنفيذاً للعقوبة المقضي بها على المحكوم عليه، فلا محل له قبل البدء في تنفيذها من ناحية كما تنقضي بانقضاء العقوبة الأصلية سواء كان بالانقضاء... أو بالعفو عنها، أو بسقوطها بالتقادم من ناحية أخرى».

عرفت حياته، أم لم تعرف، لكنه استحال عليه أن يدير شؤون أمواله فنصت المادة (٧٥) من قانون الولاية على المال بأنّه «إذا ترك وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلاّ عينت غيره». فهذا كامل الإدراك وأراد المشرع حماية المصلحة العامة، وأنَّ الضرورة هي التي قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس، وكذلك الأمر في تدخل المشرع في تصرفات القضاة وأعوانهم حيث منعهم بنص المادة (٤٧١ م م) من شراء الحقوق المتنازع فيها، فهؤلاء كاملو الإدراك وهذا التقييد للحفاظ على نزاهة القضاء وبقاء هيبته، وكذلك منع المشرع في المادة (١٠٨ م م) النائب من التعاقد مع نفسه مع أنَّه كامل الإدراك لكنه استهدف حماية أموال من هو مشرف عليهم، حتى لا يطمع في أموالهم ويثري على حسابهم من خلال إنشاء عقود من أموالهم لنفسه[١]. وقد حاول بعض الفقه[٢] أن يدخل كل حالات عدم القدرة على مباشرة التصرفات القانونية في إطار فقدان أهلية الآداء. لكن أغلب الفقه[٣] يحصر معنى فقدان الأهلية (Incapacire) في الحالات التي تكون الإرادة فيها معدومة أو ناقصة نتيجة انعدام العقل والتمييز، أو نقصها.

وهذا الرأي الأخير لا تخفى دقته ورجحانه، فالأهلية ـ كما سبق ـ مناطها التمييز وهو أمر داخلي للشخص وليس خارجاً عنه، ومن ذاتياته، ومكوناته، ولذلك فهي تختلف عن الولاية على المال التي تثبت للولي أو الوصي في أموال القاصر والمحجور عليه بمقتضى القانون، ولأسباب تقتضيها المصلحة العامة. وللسبب السابق نفسه تنفصم أهلية الشخص عن مدى قابلية ماله أو عدم قابليته للتصرف فمن كانت أمواله موقوفة أو مرهونة لا يستطيع التصرف فيها بحرية مع أنَّ ذلك لا يؤثر في أهليته[٤].

نقص التمييز في تشريعات أخرى:

اعتبر القانون الروماني الصبي المميز ـ أي من السابعة إلى إكمال (١٤) للذكر

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) مثل: أوبري ورو، جـ ٤ بند ٤٢٤ ص (٣٧١) الطبعة السادسة المشار إليه في د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات ص (١٦٧)؛ ونظرية البطلان ص (٢٥٧).

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه، المرجع السابق، (٢/ بند ٥٧). وراجع د. الأهواني، المرجع السابق ص (١٦٩)؛ و د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات ص (١٦٦ ـ ١٦٧).

(٤) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات ص (١٦٦ ـ ١٦٧)، والمصادر السابقة.

و (١٨) للأنثى والسفيه، والمرأة ولا سيما في العهد البيزنطي ناقصي الأهلية، وقد ألحق القانون الروماني في العهد البيزنطي البالغ الذي لم يصل إلى السن الخامسة والعشرين ـ سواء كان ذكراً أم أنثى ـ بهم في نقص التمييز، فهؤلاء يتمتعون ـ كقاعدة عامة ـ بأهلية الاغتناء ويحرمون من أهلية الافتقار[١]. فالصبي المميز له أن يباشر بنفسه التصرفات النافعة له ويكسب بها حقوقاً لكن دون أن يلتزم بموجبها أي التزام، أما العقود الضارة فتكون باطلة إلَّا إذا أجازها الوصي إجازة مقارنة للتصرف ويلاحظ أنَّ تقسيم تصرفاته في القانون الروماني تقسيم ثنائي على عكس الفقه الإسلامي والتشريعات الحديثة في تقسيمها إلى ثلاثة أقسام، كما أنَّ التصرفات الضارة ضرراً محضاً لا تلحقها الإجازة في الفقه الإسلامي والقانون المصري ـ كما سبق ـ على عكس القانون الروماني، كما أنَّه ليس لدى الرومان تقسيم للبطلان فليس عندهم البطلان النسبي، أو العقد القابل للبطلان. والمرأة دائماً تخضع في القانون الروماني إما لنظام الوصاية، أو القوامة وكذلك يخضع السفيه لولاية القيم (الجامع ٤٦، ٢، ٣) فعقودهما كعقود الصبي المميز ـ عموماً ـ[٢].

وقد أخذ التشريع الفرنسي[٣] سن التمييز ـ وهي السابعة ـ من القانون الروماني لكنه خالفه في سن البلوغ والرشد حيث حددها بإحدى وعشرين، ولم ينص على الحجر على السفيه غير أنَّ المادة (٥١٣ م ف) تنص على أنَّ السفيه يمنع من إجراء كثير من التصرفات، ويجوز أن يعين له مساعد قضائي يعاونه في تصرفاته، فلا يجوز للسفيه أن ينفرد بها وإلَّا كانت باطلة[٤]. كما نصَّ المشروع الفرنسي الإيطالي في مادته (٢٢٩) على أنَّه يجوز لناقص الأهلية طلب إبطال العقد، وقد اشترط التشريع الفرنسي وجود قرار الحجر للحكم ببطلان تصرفات ناقصي الأهلية حيث تنص المادة (٥٠٢ م ف) على أنَّه: «يكون لقرار الحجر أو لتعيين مجلس الأسرة أثره يوم النطق به وتقع الأعمال التالية له باطلة بحكم القانون»[٥]. فيرفض القانون من حيث المبدأ

---

(١) الدكتور صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٥٩)؛ و د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٨٩ وما بعدها).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) يراجع في تفصيل هذا الموضوع: جوسران، المرجع السابق (٢/بند ١٢٦ وما بعده)؛ ومارسيل، المرجع السابق ١/بند ٨٠ وما بعده و جـ ٢ ص (٥٩) بند ١٥٤، ١٥٨؛ وموراند، المرجع السابق ص (١٩٨) بند ٣٤٨ وما بعده.

(٤) يراجع تعليق داللوز الفهرس على هذه المادة في باب الحجر فقرة ٢٤٨ و ٢٧٦ و ٢٨٥.

(٥) انظر تعليقات داللوز على هذه المادة في داللوز الفهرست باب الحجر بند ١٩٥، ٢٢٠، وملحقه =

التصديق على عقودهم إلاَّ بموافقة الولي أو الوصي[1]. وقد سبق أنَّ الفقه والقضاء في فرنسا يريان أنَّ العاهات الجسمية والحسية ليس لها أثر بالعدم ولا بالنقص وقد أناط الفقه الفرنسي والقضاء أمر تبيين نقص الأهلية إلى قاضي الموضوع، بحيث يكون بمنأى عن رقابة محكمة النقض[2]، وقد بين الفقه والقضاء أنَّه في حالة الضرر لأسباب تعود إلى فاقد الأهلية أو ناقصها يجوز للمحكمة أن تقضي بالتعويض والجزاء المناسب في حالة رفض الإلغاء[3]. ونصت المادة (١٣٥ م) على أنَّ عقود القصر إذا وقع فيها الغبن تكون باطلة إذا كانوا غير مأذون لهم، وإذا كانوا مأذوناً لهم فتكون قابلة للإبطال[4].

وأما القانون العراقي[5] فقد اتَّفق هو الآخر مع القانون المصري في جعل الصبي المميز الذي أكمل سبع سنوات والسفيه، وذي الغفلة ناقصي الأهلية، وأنَّ الصبي محجور لذاته، وأمَّا السفيه وذو الغفلة فتحجر المحكمة عليهما ويعلن الحجر عليهما بالطرق المقررة (المادة ٩٥ م ع) وقد بينت المادة (٩٧ م ع) أحكام تصرفات الصبي المميز حيث نصت على أنَّه: «يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذن بذلك وليه، أو أجازه، أمَّا التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء». وهنا يختلف القانون العراقي عن القانون المصري من حيث التكييف فقد جعل القانون العراقي في هذه المادة تصرفات الصبي الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي في حين جعلها القانون المصري في المادة (١١١ ـ ٢ ـ م.م)قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ولا

= فقرة ١٤٤، ١٧١. وقد صدرت بهذا الخصوص عدة قرارات من محاكم فرنسا منها حكم محكمة روان في ١٨٧٥/٣/١٧ المشار إليه في داللوز ١٨٧٥ ـ ٢ ـ ٢٠٧.

(١) موراند، المرجع السابق بند ٣٥٣.

(٢) حكم الالتماس في ١٨٧٥/٣/٩ المشار إليه في داللوز ١٨٧٧ ـ ١ ـ ٢٢٠.

(٣) جوسران، المرجع السابق ص (٥٦/٢، بند ١١١).

(٤) جوسران، المصدر السابق ص (٥٤) بند (١٠٤)؛ ومورانديه، المرجع السابق ص (١٩٥).

(٥) انظر في تفصيل ذلك: د. الحكيم، المرجع السابق (١٠٨/١)؛ و د. حسن علي الذنون، المرجع السابق ص (٣٦)؛ و د. مالك دوهان، المرجع السابق (٢٨٣/١)؛ و د. غني حسون، الوجيز (١٦١/١).

شك أنَّ المصطلح العراقي أولى بالأخذ لأنَّه من صميم فقهنا الإسلامي.

والقانون العراقي إذا كان يتفق مع القانون المصري في تحديد سن التمييز بسبع سنوات (المادة ٩٧ ـ ٢ ـ م ع) فإنَّه يختلف معه في تحديد سن البلوغ والرشد التي قدرها بإكمال السن الثامنة عشرة (المادة ١٠٦ م ع) في حين حددها القانون المصري بإحدى وعشرين سنة وقد استثنى المشرع العراقي من أحكام القاعدة العامة لتصرفات الصبي ـ من أكمل الخامسة عشرة من عمره، ودفع الولي إليه بعض أمواله بترخيص من المحكمة وأذن له بالتجارة ـ فهذا الصغير المأذون له بالتجارة إذناً مطلقاً، أو مقيداً ـ بمنزلة البالغ الرشيد في حدود التصرفات المأذونة له (المادة ٩٩ م ع) وأمَّا غيرها فتكون موقوفة على إجازة الولي، وللولي أن يسحب إذنه فيعيد الحجر عليه، (المادة ١٠٠ م ع) وللمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن، وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك ولكن يبقى للمحكمة الحق بعد الإذن في إعادة الحجر عليه (المادة ١٠١ م ع)، ويختلف القانون المدني العراقي أيضاً عن نظيره المصري في جعل المعتوه المميز من ناقصي الأهلية، في حين لم يتصور القانون المصري كون المعتوه مميزاً، وإنَّما جعله كالمجنون سواء بسواء، ولذلك اختلف التكييف في كل من القانونين، فالقانون العراقي نص في مادته (١٠٧ م ع) على أنَّ: «المعتوه هو في حكم الصبي المميز». إذن فالمعتوه مصاب باضطراب في القوى العقلية دون أن يصل إلى حد فقدان التمييز والإدراك، وأما في القانون المصري فهو معدوم التمييز والإرادة ـ كما سبق ـ كما أنَّ القانون العراقي قد سوى بين السفيه وذي الغفلة، ونص على الحجر عليهما بمعرفة المحكمة وحدد تاريخ الحجر من وقت إعلان الحكم بالطرق المقررة، وتكون تصرفاتهما تصرفات غير المحجور عليه قبل الحجر عليه، لكنه لو ثبت أنَّ تصرفاتهما قبل الحجر عليه كان بطريق التواطؤ أو الغش تكون بمثابة التصرفات التي وقعت بعد الحجر عليهما[1].

وأما القانون الإنجليزي فالقاعدة العامة فيه ـ كما يقول شيتي ـ هي «أنَّ الشخص ذا العقل غير السليم (Unsound Mind)[2] يكون ملزماً بعقده إلَّا إذا كان بمقدوره أن

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) هذه هي الترجمة الحرفية لها، والمراد بها: ناقص الأهلية وقد ذكر شيتي المصدر السابق ص (٥٧٨): «أنَّ المراد بالشخص ذي العقل غير السليم هو الذي أصابت عقله علة أفقدت صاحبه أهلية القيام بإدارة شؤونه وأعماله الخاصة على الوجه السليم».

يظهر أنَّه تمَّ ذلك نتيجة لحالته العقلية»[١]. ففي قضية: (مولتن ضد كامرون)[٢] لم يستطع الولي أن يسترد قيمة اثنين من وثائق التأمين على الحياة اشتراهما الشخص المذكور ذو العقل غير السليم (ناقص الأهلية) من إحدى شركات التأمين، بحجة أنَّ الشركة المعنية لم تكن لديها أي فكرة عن حالة الاختلال العقلي للمؤمن له، ولهذا قضت المحكمة بتنفيذ العقد، وفي عدة قضايا[٣] قرر القضاة: «أنَّه عندما يدخل شخص في اتفاق تعاقدي ثمَّ يدَّعي بعد ذلك أنَّه كان يعاني من اختلال في العقل وقت الاتفاق إلى درجة أنَّه لم يعرف ما الذي كان يفعله، واستطاع أن يثبت دعواه هذه فإنَّ العقد سيظل مع ذلك ملزماً له أياً كانت الاعتبارات، إلاَّ إذا استطاع مع ذلك أن يثبت أنَّ الشخص الذي تعاقد معه قد عرف أنَّه كان يعاني من اختلال عقلي.

ومن خلال هذه القضايا نصل إلى أنَّ النقص في العقل إنما يكون له أثر إذا كان قد أثبت بأنَّ الطرف الآخر قد كان على علم باختلاله العقلي أثناء التعاقد، وحينئذٍ يكون الجزاء هو قابلية العقد للإبطال ويكون الخيار للعاقد المختل[٤]. كما إنَّ عبء الإثبات يقع على عاتقه وهو إنَّما يتحقق إذا أبدى المختل أدلة لا تترك مجالاً للشك في أنَّه كان يعاني فعلاً من خلل في العقل أثناء التعاقد، ولذلك لا يقبل القضاء الإنجليزي القرائن بهذا الخصوص، فمثلاً إنَّ الأدلة المستقاة من حالته السابقة أو اللاحقة للحظة إبرام العقد لا تنهض دليلاً مادياً على قيام حالة الاختلال العقلي عند إبرام العقد، لكنها تثير شكاً لا يصل إلى حد الاقتناع به، كما أنَّ الجزم بصدور أشياء غير معقولة من الشخص الذي يدعى الاختلال العقلي لا يكون دليلاً كافياً على وجود الخلل العقلي أثناء التعاقد[٥]، وحتى لو ثبت الاختلال فلا بدَّ أن يثبت أنَّ المتعاقد معه كان على علم

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٥٧٩)؛ ويراجع في هذا الموضوع وليستون، المصدر السابق ص (١٤)؛ وتوردين مقاله السابق في الأهلية؛ وبوفيت مع سيمون، التعليق على مجموعة قوانين انجلتره باب الأهلية ص (٤٧٨ وما بعدها).

(٢) رقم القضية:

(1949) 4. Ex. (7).

(٣) منها قضية:

Imperial I - Oan Co. V. Stone (1892) I Q. B. 599.

وقضية:

York Glass Co. V. Jobb (1925) 42. T. L. R. L.

(٤) شيتي، المصدر السابق ص (٥٧٩)، والمصادر السابقة.

(٥) انظر القضايا الواردة بهذا الخصوص في شيتي المصدر السابق ص (٥٨٠).

به، حتى لا يكتفي بأنّ حالته معروفة من قبل أقرانه لتكون حجة إزاء الأشخاص الآخرين الذين تنقصهم المعلومات عن حالة الاختلال العقلي التي يعاني منها الشخص الذي دخل في اتفاق تعاقدي معه[1].

وبخصوص الصبي فإنَّ سن الرشد لاكتساب الحقوق المدنية، هي الواحدة والعشرون، ويطلق القانون الإنجليزي لفظ: (Infant) أي غير المميز على من لم يتم هذه السن[2].

فعلى هذا فمرحلة (غير المميز) مرحلة واسعة في القانون الإنجليزي - وهي كما رأينا تعتبر مرحلتين في الفقه الإسلامي والفقه اللاتيني كما سبق - وهذا لا يعني عدم التفرقة بين صبي لا يدرك ولا يميز، وبين صبي يدرك بعض الأمور ويعقلها وإنَّما يعني أنَّه يكون تحت الرعاية والحماية إلى أن يتم السن الواحدة والعشرين، فعلى ضوء هذا أنَّ عقود الولي أو الوصي له إن كانت تنطوي على مصلحة للصبي فهي صحيحة، وإن كانت تنطوي على ضرر محض فهي غير صحيحة - كما سبق - ونحن هنا نذكر بعض القضايا الخاصة بالصبي الذي يمكنه مزاولة التجارة (أي الصبي المميز أو الصبي المأذون له بالتجارة كما في الفقه الإسلامي) ففي قضية (روبرت ضد جراي)[3] قرر القضاء الاعتداد بوعد الصبي الذي كان قد بلغ الرابعة عشرة من عمره بدفع مصاريف ونفقات المدرسة، وقضى بإلزامه بمقتضى وعده هذا[4].

وتنهض مسؤولية الصبي عن النفقات الضرورية التي أنفقت عليه واللازمة لتعليمه، أو تدريبه لتعليم صنعة، أو حرفة، ويكون مسؤولاً عن الالتزامات الواردة في العقد الخاص بتعليمه، أو تدريبه، غير أنَّه لا يجوز توقيع عقوبة جنائية على الصبي إذا ما أخل بالتزاماته المذكورة بسداد الأقساط المستحقة عليه، وعلى هذا الأساس قررت هيئة المحلفين أنَّ العقد الوارد على التعليم، أو التدريب نافذ في موضوعه[3] كما استقر الأمر في القضاء الإنجليزي على أنَّ العقود التي تحقق منفعة للصبي صحيحة سواء كانت خاصة بتعليمه أو تدريبه أو عقد خدمات.

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٥٨٠)، والمصادر السابقة.

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٥٨٥).

(٣) قضية:

Roberts V. Gry (1913) I K. 520.

(٤) حيثيات القضية السابقة.

(٥) شيتي، المصدر السابق ص (٥٩١).

أمّا الصبي الذي يزاول مهنة التجارة فلا تنهض عليه بصفة عامة مسؤولية فيما يزاوله من تجارة، فلا يعلن إفلاسه، ولا يخضع لما تصدره المحكمة بتسليم أموال المدين المعسر للدائن بناء على عريضة الدعوى المقدمة من الشخص الذي جهز الصبي بالبضائع لأغراض مزاولة تجارية وطالما زاول الصبي التجارة فإنّه في هذه السن لا يستطيع بطبيعة الحال توكيل غيره، كما أنّه لا يصبح مديناً، كما أنّه لا تنهض عليه مسؤولية مدنية طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية المنصوص عليها في القانون العام، لكنه يكون مسؤولاً طبقاً لمبادىء العدالة بسداد الديون المستحقة عليه فالقانون العام لا يعترف بمسؤولية الصبي مسؤولية جنائية، عن التزاماته ولا مسؤولية مدنية، لكن قواعد قانون العدالة فرضت المسؤولية المدنية على الصبي وأوجبت عليه سداد الديون المستحقة عليه، ولا تكون مسؤولية الصبي القائمة على هذه المبادىء كافية وحدها لتقرير الدين بل تتطلب إجراءات محددة لإثبات الدين[1].

والخلاصة أنّ عقود الصبي التاجر لا تكون ملزمة له، ولا تنهض مسؤوليته كقاعدة عامة على عكس العقود الخاصة بتعليمه أو تدريبه على حرفة أو صنعة أو العقود الخاصة بالخدمات. وفيما عدا هذه العقود فإنّ الصبي لا يكون ملزماً بعقده لمجرد أنّ العقد قد أبرم لمصلحته ويحقق له منفعة ظاهرة، وفي هذا الصدد يقول القاضي (براي): «ليس ثمة سلطة بمقدورها أن تقول: إنّ العقد الخاص بتجارة الصبي ـ حتى وإن كان هذا العقد يحقق مصلحة له ـ يمثل استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأنّ الصبي غير مسؤول مسؤولية مدنية عما ترتبه العقود التي يجريها من التزامات باستثناء حالات محدودة»[2].

الخلاصة:

نستخلص مما سبق أنّ الفقه الإسلامي قد أولى عناية فائقة بالأهلية بشطريها عناية فاقت كل التشريعات الحديثة، والقديمة، وأنّه سبق إلى تقرير الذمة المالية قبل: (أوبري ورو) بأكثر من عشرة قرون، كما أنه قد امتاز عن جميعها بتقريره التقسيم الثلاثي لتصرفات الصبي ـ كما سبق ـ فالقوانين: الروماني، والفرنسي، والإنجليزي قد أخذت بالتقسيم الثنائي لها، في حين أنّ هذا التقسيم الثلاثي يحقق المصلحة المرجوة

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٥٩٣)، والمصادر السابقة.

(٢) جاء هذا القول بمناسبة قضية:

Shears V. Mendeloff (1914) 30 T. L. R. 342.

من فرض الوصاية على الصبي مع العدالة، فهو تقسيم دقيق راعى فيه الشرع كل جوانب التصرفات من نفع محض، أو ضرر محض، أو خليط من هذا وذاك، وأيضاً إنَّ القانون الروماني طيلة أدواره القانونية لم يعط الأهلية الكاملة للمرأة، وحتى القانون الفرنسي لم يعط هذه الأهلية المستقلة للمرأة المتزوجة إلَّا في فترة متأخرة جداً في حين أنَّ المرأة في الإسلام تتمتع بأهلية الأداء الكاملة، وأنَّ ذمتها مستقلة عن ذمة الزوج وأنَّ أموالها تظل بمعزل عن أموال زوجها. هذه هي أهم الفروق وقد ذكرنا بعض فروق جزئية في ثنايا البحث متناثرة على جزئياته فلا داعي لإعادتها، وأمَّا الشيء المتفق عليه بين الجميع فهو أنَّ عقود فاقدي الأهلية باطلة ـ كقاعدة عامة ـ.

الفصل الثالث

شروط الرضا

*** تمهيد:**

إذا كان «الرضا» لا يتحقق وجوده إلاَّ بتحقق أركانه فإنَّ هذا الوجود لا يكفي ليترتب عليه الأثر إلاَّ إذا توفرت فيه شروطه التي تتحقق بها صحته ولزومه ونفاذه، وبعبارة أخرى فوجود الرضا يتوقف على وجود أركانه، وأمَّا سلامته فتتوقف على توفر شروطه، قال الغزالي والنووي: «ويختل القصد بخمسة أسباب: سبق اللسان، والهزل، والجهل، والإكراه، واختلال العقل»[1].

ولا يكون الرضا سليماً إلاَّ إذا كان حراً، متنوراً، ونعني بكونه حراً أن يكون طليقاً لا يشوبه ضغط ولا إكراه، وأن لا يكون مقيداً بمصلحة أحد كرضا المريض أو الدائن. وبكونه متنوراً أن يكون واعياً وعلى هدى وإدراك لما يتعلق بالتصرف الذي يقدم عليه، فلا يكون هناك شيء قد حال دون درك حقيقته من جهل، أو تدليس وتغرير وتحايل، أو استغلال، أو غلط أو نحو ذلك مما يعوق إدراكه.

ويتوزع هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول
كون الرضا حراً

ولا يخفى أنَّ حرية الرضا لا تتحقق إذا كان يشوبه ضغط وإكراه، ولا تكتمل إن لم يكن طليقاً غير مقيد، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

---

(١) الوسيط، مخطوطة دار الكتب تحت الرقم (٢٠٦ فقه شافعي طلعت) جـ٣ ورقة (١٤٧)؛ والروضة (٨/٥٣ - ٦٢).

المطلب الأول
كون الرضا لم يقع تحت إكراه

وسنتناول فيه أحكام الرضا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: كون الرضا لم يقع تحت إكراه في الفقه الإسلامي.

عني الفقهاء المسلمون بمسائل الإكراه عناية كبيرة لم يشهدها غيرها من شروط الرضا وعيوبه ولا سيما الحنفية، حيث أفردوه بكتاب خاص، أو باب سموه بكتاب الإكراه أو بابه(١)، وجمعوا فيه أثره لا على تصرف واحد بل على جميع التصرفات، وقد ذكر السرخسي أنَّ الإمام محمداً صاحب أبي حنيفة (رحمهما الله) قد ألف فيه كتاباً رائعاً، وقد ابتلى

---

(١) يراجع في تفصيل مسائل الإكراه في الفقه والأصول: كتاب الإكراه في مختصر الطحاوي، ط. دار الكتاب العربي ١٣٧٠ ص (٤٠٥)؛ والمبسوط للسرخسي (٣٨/٢٤)؛ وفي الهداية مع تكملة فتح القدير وشرح العناية (٢٩٢/٧)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩)؛ والفتاوي الخانية بهامش الفتاوى الهندية (٤٨٣/٣)؛ والفتاوى البزازية المطبوع بهامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية (١٢٧/٣)؛ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٢٨/٢)؛ وباب الإكراه في الأم للشافعي (٢١٠/٣)؛ وكتاب الإكراه في صحيح البخاري، مع فتح الباري (٣٨٨/٩، ٣١١/١٢)؛ وباب طلاق المكره في سنن ابن ماجه (٨٦٦/٢)؛ وكشف الأسرار (٣٨٣/٤)؛ وتيسير التحرير (٣٠٧/٢)؛ والتلويح على التوضيح (١٩٢/٢)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص (٢٨٢)؛ وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (٣٦٧/٢)؛ ومواهب الجليل للحطاب (٢٤٨/٤)؛ والمنهاج مع شرحي البدخشي، والأسنوي(١٣٨/١)؛ والأحكام للآمدي (١١٧/١)؛ ومنتهى السول للآمدي (٣٧/١)؛ وتشنيف المسامع مع البدر الساطع على جمع الجوامع (٢٦٧/١)؛ والتمهيد للأسنوي ص (١٢٠)؛ وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (١٤٩)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٢٢)؛ والمهذب للشيرازي (٨٧/٢)؛ والروضة (٥٦/٨)؛ ومغني المحتاج (٣٩٠/٣)؛ ونهاية المحتاج (٧١/٥)؛ وشرائع الإسلام للحلي (٣/٢)؛ والمكاسب للأنصاري ص (١١٨)؛ وتحرير المجلة لكاشف الغطاء (١٧٦/٣)؛ والبحر الزخار لابن مرتضى (١٠٠/٦).
ويراجع: الأستاذ الدكتور السنهوري، مصادر الحق (١٨٣/٢)؛ والأستاذ محمد زكريا البردسي، الإكراه بين الشريعة والقانون بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد في ديسمبر سنة ١٩٦٠؛ والأستاذ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (٣٩٧/١)؛ وفخري خليل أبو صفية، الإكراه وأثره في الرضا، رسالة الدكتوراه بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سن ١٩٧٩ (ص ١٦ وما بعدها)؛ ومحمد بحر العلوم، عيوب الإرادة، رسالة الدكتوراة بدار العلوم سنة ١٩٨٠ ص (١٧٧ . . .)؛ والأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسيني الشيخ، الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية، ط. دار الاتحاد للطباعة سنة ١٩٧٩ ص (٢٤).

من الخليفة بسبب تصنيفه[1]، كما اعتنوا به عند كتابة الشروط، والوثائق، فقد ظهر لنا من خلال الاطلاع على الوثائق التي كانوا يكتبونها فيما بين المتعاقدين أنهم كانوا يحتاطون في الإكراه وينصون فيها على: «أنَّ العقد تمَّ بين فلان وفلان دون إكراه، وأنَّهما رضيا بالعقد غير خائفين، ولا مكرهين، ولا مضطرين»[2] بل كان بعض القضاة يرفضون أحياناً الوثائق التي لم يكتب فيها: «أنَّ العقد تمَّ بطوع وبدون إكراه» على الرغم من قولهم بأنَّ الأصل والظاهر في العقود عدم الإكراه لكنهم اشترطوا ذلك من باب الاحتياط فقد ذكر ابن قاضي سماونه أنَّ النسقي ردَّ محضر إقرار، لأنَّه لم يذكر فيه أنَّه أقر بطوع[3]، وذكر الطحاوي (ت ٣٢١ هـ) أنَّ محاضر القضاء الإسلامي كان يكتب فيها أنَّ العاقدين كانا في صحة عقولهما وأبدانهما وأنهما كانا طائعين غير مكرهين[4].

ثمَّ الإكراه لغة مصدر أكره يقال: أكرهه أي حمله على أمر هو له كاره، أو حمله عليه قهراً[5]. قال الكاساني[6]: الإكراه لغة عبارة عن إتيان الكره، والكره معنى قائم

---

(١) المبسوط (٢٤/٤٠).

(٢) هذه العبارة وردت في الورقة البردية بدار الكتب المصرية تحت الرقم (١٥ ٧٥) فيوم رقم (١١). ويرجع تأريخ كتابة هذه الوثيقة إلى سنة (٢٦٧ هـ).

(٣) جامع الفصولين، ط. بولاق مصر سنة ١٣٠٠ هـ (٢/٢٥٨).

(٤) الشروط الصغير مذيلاً بما عثر عليه من الشروط الكبير للطحاوي، تحقيق روحي أوزوجـان، ط. مطبعة العاني ببغداد (١/٦...).

(٥) وقد ذكر اللغويون أنَّ مجرد «أكره» كره، وهو يستعمل لازماً فيقال: كره المنظر ويكره ـ بضم الراء ـ كراهة مثل قبح يقبح قباحة وزناً ومعنى، ومتعدياً فيقال: كرهه ـ بكسر الراء ـ يكرهه ـ بفتحها ـ كرها ـ بفم الكاف وفتحها مع سكون الراء ـ وهو مكروه، ومعناه ضد أحبه، ولم يفرق جماعة من اللغويين بين الكره بضم الكاف، أو فتحها، في حين ذهب جماعة من محققيهم إلى الفرق بينهما فقالوا: الكره ـ بالضم ـ معناه المشقة كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عليكم القتال وهو كره لكم﴾ سورة البقرة: ٢١٦ ـ والكره بفتح الكاف بمعنى الإكراه كقوله تعالى: ﴿ولهُ أسلَم مَنْ في السموات والأرض طوعاً وكَرهاً﴾ (سورة آل عمران/٨٣). وقوله تعالى: ﴿فقال لها وللأرضِ ائتِيا طوعاً أو كرهاً...﴾ (سورة فصلت/ ١١) ـ أي إكراهاً بدليل مقابلة الكره بالطوع فقد قال الفراء: الكره ـ بالضم ـ فعل المختار، والكره ـ بالفتح ـ فعل المضطر.

انظر: لسان العرب ص (٣٨٦٥)؛ والقاموس المحيط (٤/٢٩٣)؛ والمصباح المنير (٢/١٩٢)، مادة (كره).

وراجع: المفردات في غريب القرآن للراغب ص (٤٢٩)؛ وتفسير الطبري (٥/٤٠٧)؛ وتفسير القرطبي (٣/٣٨، ١٠/١٨٠)؛ وتفسير ابن كثير، ط. دار المعراف المحققة (١/٣٦٧، ٤/٥٢٥).

(٦) بدائع الصنائع (٩/٤٤٧٩).

بالمكره ينافي المحبة والرضا، ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال تعالى: ﴿وعسى أنْ تكرَهوا شيئاً وهو خيرٌ لكم وعسى أنْ تُحبوا شيئاً وهو شرٌّ لكم﴾[1].

واصطلاحاً فقد ذكر الأصوليون والفقهاء عدة تعاريف للإكراه فقد عرفه السرخسي بأنَّه اسم لفعل يفعله بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره[2]، وهذا ما اختاره المرغيناني وغيره[3] ويؤخذ عليه بأنَّه قد أطلق الإكراه على المكره عليه، فكان الأولى إطلاقه على عملية الإكراه نفسها.

وعرفه الكاساني بأنَّه: عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإيعاد والتهديد[4]، وعرفه صاحب الوافي بأنَّه تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا. وهذا ما اختاره القاضي ابن شحنه الحنفي وغيره[5]، في حين عرفه عبد العزيز البخاري بأنَّه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به[6]. وقال الإمام الشافعي: «الإكراه: أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه ـ من سلطان أو لص، أو متغلب ـ ويكون المكره يخاف خوفاً عليه دلالة أنَّه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه، أو إتلاف نفسه»[7].

وقد اختصر الحافظ ابن حجر هذا التعريف بقوله: «الإكراه: إلزام الغير بما لا يريده»[8] وتبعه الألوسي[9].

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢١٦.

(٢) المبسوط ط. السعادة (٣٨/٢٤).

(٣) الهداية مع شرح العناية؛ وفتح القدير (١٠٩/٥، ٢٩٢/٧)؛ وتبيين الحقائق (٨/٥).

(٤) بدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩).

(٥) فتح القدير (١٠٩/٥)؛ ولسان الحكام لابن شحنة، ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣ ص (٣١١).

(٦) كشف الأسرار (٣٨٣/٣)؛ وتيسير التحرير (٣٠٧/٢)؛ وفتح الغفار بشرح المنار، ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٣٦ (١٩٣٦/٣).

(٧) الأم (٢١٠/٣).

(٨) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٣١١/١٢).

(٩) حيث عرفه بقوله: «الإكراه في الحقيقة إلزام الغير فعلاً لا يرى فيه خيراً يحمله عليه... ولهذا لا إكراه في الدين، لأنَّ الدين خير كله».
انظر: روح المعاني، ط. دار إحياء التراث العربي: بيروت (١٢/٣).

وعرفه ابن ميارة الفاسي المالكي بأنَّه الضغط والإجبار على إحداث شيء بيعاً كان أو نحوه مع التضييق على المكره عليه ليفعله[1] وهذه التعاريف ـ كما نرى ـ قد حمل بعضها الإكراه على الفعل المكره عليه نفسه كما في التعريف الأول، وبعضها على التهديد، أو الدعاء، أو الإلزام، أو الحمل أو نحوه ونرى أن حمل الإكراه على الأخير أنسب رعاية للمعنى اللغوي. ويلاحظ أنَّ تعريف بعض الأحناف كتعريف السرخسي، وصاحب الوافي فيه إشارة إلى تقسيم الإكراه إلى قسمين: قسم يعدم الرضا، والآخر يفسد الاختيار.

ثمَّ إنَّ المعرفين له ـ كما رأينا ـ منهم من اختار للتعبير عن الإكراه لفظ «الحمل» ومنهم من اختار لفظ «الدعاء» ومنهم من اختار لفظ «الإجبار» أو «الإلزام» أو «الضغط» أو «التضييق»، أو نحو ذلك مما ذكره الفقهاء الآخرون[2]، وهذا الاختلاف في التعابير ينم عن مدى حرص كل واحد منهم على اختيار الكلمة التي تجسد حقيقة الإكراه في نظره.

والتعريف الراجح في نظري هو تعريفُ صاحب الوافي ومن معه لكن بشيء من التغيير في العبارة فنقول: الإكراه هو: تهديد القادر غيره بضرر على أمر بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدده به لما أقدم عليه.

والمراد بالتهديد: التخويف بأي وسيلة من وسائل التخويف كالقتل، والضرب والسجن ونحو ذلك مما يؤثر على إرادة الإنسان ورضاه الحر، وسواء كانت وسائل التخويف هذه مادية ـ كما ذكرنا ـ أو أدبية كنشر سر يتعلق به مصير حياته، أو يتضرر به ضرراً جسيماً أو يلحقه أذى كبير فيما لو نشر.

والتهديد يشمل التخويف بالقول كأن يقول له: إن لم تفعل كذا أقتلك أو أعمل فيك كذا، أو بإشارة كأن يشير إلى المكره ـ بفتح الراء ـ وهو يفهم إشارته ويظن أنَّه إن لم يحقق ما أشار إليه يؤذيه، أو بفعل كأن يأخذ المكره ـ بكسر الراء ـ سيفه، أو مسدسه ويظل يضغط به على المكره ـ أي بدون قول ولا إشارة ـ حتى يحقق ما يريده.

وهنا يثور سؤال هل يشمل التهديد أمر السلطان بدون توعد، ولا تهديد كأن يقول له: بع أرضك لفلان؟.

---

(١) هذا التعريف مستنبط من كلامه. انظر: شرحه على تحفة الحكام، ط. الاستقامة بالقاهرة (١٢/٢).

(٢) راجع: شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (٥٠٨/١)؛ والمسودة ص (٣٥)؛ وأعلام الموقعين (٥١/٤)؛ والتعريفات للسيد ص (١٩)؛ وحاشية المنتزع المختار (٣٠٥/٤)؛ ونهج الفقاهة للحكيم ص (١٩١)، والمصادر السابقة.

فقد ذهب أبو حنيفة[1] ورأى في المذهب الشافعي إلى أنَّ أمر السلطان إكراه ولو لم يصاحبه تهديد، لأنَّه لو لم يتمثل يعاقبه، لأنَّ الغالب من حاله السطوة والتنكيل عند المخالفة، وخالفهما في ذلك الجمهور حيث ذهبوا إلى أنَّ أمره كأمر غيره لا يكون إكراهاً إلَّا إذا صاحبه تهديد[2]، وهذا الخلاف جار في المتغلب أيضاً. والتحقيق أنَّ مجرد الأمر بشيء سواء كان من السلطان أو من غيره لا يسمى إكراهاً لا في اللغة ولا في الشرع، وإنما يكون إكراهاً بواسطة قرينة تصاحبه بحيث يفهم المأمور من خلال صيغة الأمر وكيفية النطق بها كونها للتهديد أم لا، أو من حال السلطان بحيث عرف أنَّه إذا أمر ولم ينفذ أمره ينكل بالمخالف، لذلك فالمعيار في ذلك هو تحقق الخوف ووجود الظن الغالب بأن يقع في قلب المأمور أنَّه إن لم ينفذ أمره فسوف يصيبه الأذى منه سواء كان الآمر سلطاناً أو متغلباً، وإلَّا فلا يسمى إكراهاً، فمثلاً لو كان السلطان عادلاً وأمر شخصاً بأن يبيع أرضه وعلم أنَّ السلطان مع الشرع ولا يخالفه، ولذلك لا يخاف منه أن يؤذيه بظلم فلا يكون هذا إكراهاً قال الرافعي: «فالمدار على خوف المحذور من مخالفته»[3]، وقال الكاساني: «ومثله ـ أي في كونه إكراهاً ـ لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأي المكره أنَّه لو لم يفعل تحقق ما أوعد يثبت حكم الإكراه لتحقق الضرورة»[4].

ونرى أنَّ لفظ «تهديد» أولى بالترجيح ليكون جنساً للإكراه من الجبر والإلجاء، والحمل والإلزام والإجبار والضغط والتضييق وذلك لأنَّ هذه الألفاظ يفهم منها اشتراط المباشرة بالفعل المهدد به في حين لا يشترط ذلك بل مجرد التهديد من القادر الجاد يكفي في تحقق الإكراه قال ابن العربي: «واختلف الناس في التهديد هل هو إكراه أم لا؟ والصحيح أنَّه إكراه، فإنَّ القادر الظالم إذا قال لرجل: إن لم تفعل كذا قتلتك، أو ضربتك أو أخذت مالك، أو سجنتك ولم يكن له من يحميه إلَّا الله فله أن يقدم على الفعل. . .»[5] وخالف الجمهور في ذلك الشيخُ أبو إسحاق المروزي حيث قال: «لا

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٨٢)؛ ولسان الحكام ص (٣١١)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠).

(٢) المصادر السابقة والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٣٠)؛ قال الرافعي ـ كما نقله السيوطي ـ ومقتضى ما ذكره الجمهور صريحاً ودلالة أنَّ أمر السلطان لا ينزل منزلة الإكراه.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٣٠).

(٤) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي (٣/١١٦٥)؛ وتفسير القرطبي (١٠/١٩٠)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢/١٢).

إكراه إلاَّ أن يناله الضرب»[1]. قال النووي: «والصحيح الذي قطع به الجمهور عدم اشتراط ذلك بل يكفي التوعد وغلبة الظن بتنفيذه»[2]، وقولنا في التعريف: «تهديد القادر» إشارة إلى أنَّ الإكراه إنما يتحقق إذا كان التهديد صادراً عن القادر، وأمَّا تهديد العاجز الضعيف فلا يسمى إكراهاً، بل قد يكون هذياناً[3].

ثمَّ المعيار في ذلك تحقق القدرة في المكرِه على تنفيذ ما هدده به ولا ينظر بعد ذلك إلى صفته ككونه سلطاناً أو غيره هذا ما عليه الجمهور[4]، وروي عن الإمام أبي حنيفة أنَّ الإكراه لا يتحقق إلاَّ من السلطان نظراً إلى أنَّ غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد، لأنَّ المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه، فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثاً[5].

وأما وجهة نظر الجمهور فتتمثل في أنَّ الإكراه ليس إلاَّ التهديد والتخويف من قادر على التنفيذ فيستوي في ذلك السلطان وغيره، فالنصوص الشرعية لم تفرق بين شيء من ذلك[6] بل ذكر بعض الفقهاء أنَّ إكراه اللصوص أشد من إكراه اللصوص أشد من إكراه السلطان، لأنَّ اللصوص من شأنهم أن يقتلوا من يخالفهم غالباً بخلاف السلطان[7] وقد حاول كثير من فقهاء الحنفية إرجاع الخلاف إلى أنَّه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، حيث لم تكن في زمن أبي حنيفة لغير السلطان قدرة على الإكراه، فكانت السلطة قوية تحمي المواطن من الوقوع فريسة للصوص

---

(١) الروضة (٨/٥٨).

(٢) الروضة (٨/٥٨ - ٥٩).

(٣) فتح الغفار بشرح المنار (٣/١٢٠)؛ ولسان الحكام لابن شحنه الحنفي (ص ٣١١)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢/١٢).

(٤) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠)؛ وخزانة الفقه لأبي ليث السمرقندي، تحقيق د. صلاح الدين الناهي (١/٤٠٥)؛ وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٩)؛ والأم (٣/٢١١)؛ والإنصاف (٤/٢٦٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٩).

(٥) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠)؛ والهداية مع شرح العناية؛ وتكملة فتح القدير (٧/٢٩٣).
ذكر الحافظ ابن حجر أنَّ الشعبي يقول: «إنَّ إكراهه اللصوص وقع طلاقه، وإن أكرهه السلطان فلا» أخرجه ابن أبي شيبة. انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري (٩/٣٩٠).

(٦) المصادر السابقة.

(٧) فتح الباري (٩/٣٩٠).

والمتغلبين، ثمَّ تغير الحال في زمن صاحبيه فتغير الفتوى على حسب الأحوال[1].

وقولنا «بضرر» متعلق بالتهديد وهو إشارة إلى أنَّ التهديد لا بدَّ أن يكون بضرر - كقتل، أو ضرب، أو نحوهما - يقع على المكره نفسه، أو جسده، أو عرضه، أو على من له صلة قوية به بحيث يتأثر بإيقاع الضرر عليه كابنه، أو أبيه أو أخيه أو نحو ذلك، وأما إذا قال: إن لم تعمل كذا قتلت نفسي، أو أبطلت صومي فلا يتحقق الإكراه[2]، ثمَّ إنَّ تفسير الضرر وتقويمه يعودان إلى قاضي الموضوع ليفسره حسب العرف مع ملاحظة الظروف والملابسات التي تحيط بالشخص.

وقولنا: «على أمر يكرهه بحيث. . .» إشارة إلى أنَّ الإكراه إنما يتحقق إذا كان الدافع وراء إقدامه عليه خوفه وذلك إنَّما يتحقق إذا كان ذلك الفعل مكروهاً لديه قال الغزالي: «. . . إذ الإكراه بعث فيه - أي في المكرَه - القصد وكأنَّه فعل المكره، . . . ثمَّ نحن أيضاً نوقعه - أي طلاق المكرَه - مهما زعم أنَّه كان راضياً أو ظهر مخايل الاختيار»[3] ويفهم من القيد الأخير أيضاً أنَّ التهديد لا بدَّ أن يكون على شكل من الجدية بحيث يوقع الخوف في روع المكره فيحدث له الظن الغالب بأنَّه إن لم يستجب له نفذ فيه ما هدده به.

معيار الإكراه:

وقد أشار هذا التعريف إلى أنَّ الإكراه يتحقق بعنصرين عنصر مادي وهو التهديد بضرر، وعنصر نفسي معنوي يترتب عليه وهو إحداث الخوف في نفس المكره، وهو مناط الإكراه، لأنَّ الإكراه من خلال ذلك يؤثر في الإرادة والنية، ولذلك فما لا دخل فيه للقصد لا يؤثر فيه الإكراه، مثلاً إنَّ الرضاع لا دخل للقصد فيه، فلو أكرهها رجل على إرضاع طفل حرم عليها، بدليل أنَّ رضاع المجنونة أيضاً يحرم[4].

وقد اختلف العلماء في تحديد العنصر المادي، فالجمهور على أنَّ الإكراه يتحقق بكل أذى سواء كان قتلاً أو إتلاف مال، أو إيقاع ضرر على الجسم أو العرض أو نحو ذلك - كما سبق - غير أنَّه لا بدَّ من ملاحظة أنَّ الإكراه التام يترتب عليه بعض آثار

---

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠).

(٢) الأشباه للسيوطي ص (٢٣٠).

(٣) الوسيط، مخطوطة طلعت فقه شافعي ٢٠٦ جـ٣ ورقة (١٤٨).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/٢٦٧).

لا تترتب على الإكراه الناقص[1] قال الحافظ ابن حجر: «اتَّفق العلماء على أنَّ التهديد بالقتل، وإتلاف العضو، والضرب الشديد، والحبس الطويل إكراه، واختلفوا في يسير الضرب، وحبس يوم ونحوهما»[2].

والراجح أنَّ المعيار هو كون التهديد بأذى يحدث خوفاً، كما يقول به الجمهور وذلك لأنَّ الأدلة الشرعية التي ورد فيها لفظ الإكراه جاءت مطلقة،[3] كما أنَّ آثار السلف الصالح تدل على هذا العموم والإطلاق، فقد روى عبد بن حميد بسند صحيح عن عمر رضي الله عنه قال: «ليس الرجل بأمين على نفسه إذا سجن، أو أوثق، أو عذب»[4]. وروى عنه أيضاً أنَّه قال: «أربع كلهنَّ كره: السجن، والضرب، والوعيد، والقيد»[5]، وروى البيهقي بسنده عن عمر قال: «ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعت، أو أوثقت أو ضربت»[6] وروى عن ابن مسعود أنَّه قال: «ما كلام يدرأ عني سوطين إلَّا كنت متكلماً به»[7] وروى عن الحسن البصري أنَّه قال: «أخذ أهل امرأة زوجها حتى طلقها إن لم يبعث بنفقتها إلى شهر فجاء الأجل ولم يبعث شيئاً فخاصموه إلى علي رضي الله عنه فقال: اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً فردها عليه»[8]. فهذه الآثار من الصحابة تدل على شمول الإكراه لكل ما يسمى تخويفاً بكل ما يسمى أذى، ولم يصل إلينا تحديده بشيء دون آخر، وهم أعرف بالمصطلحات الشرعية لذلك يجب الاعتماد عليهم.

ثمَّ إنَّ الأذى يشمل ما يقع على المكره مباشرة أو تبعاً مثل أن يهدده بقتل أخيه[9]، بل أكثر من ذلك فقد عمم الإمام البخاري وغيره[10] هذا المعيار ليشمل كل

---

(١) المصادر السابقة. وراجع: فتح الباري (١٢/٣١٢ ـ ٣١٤)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي (٢/١٢)؛ وتفسير القرطبي (١٠/١٨٤).

(٢) فتح الباري (١٢/٣١٢). ويراجع المحلى لابن حزم (٩/٢٥٩).

(٣) قال ابن حزم في المحلى (٩/٢٦٩): «لأنَّ الله تعالى لم يفرق بين شيء من ذلك، ولا رسوله ﷺ».

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري (١٢/٣١٤).

(٥) المصدر السابق نفسه؛ وتفسير القرطبي (١٠/١٩٠).

(٦) السنن الكبرى (٧/٣٥٩).

(٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري (١٢/٣١٤)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٩).

(٨) المحلى لابن حزم (٩/٢٦٢).

(٩) المصادر السابقة.

(١٠) صحيح البخاري مع الفتح (١٢/٣٢٣)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٥٩).

أذى يقع على أخيه في الإسلام، خلافاً لجماعة من الفقهاء منهم المالكية[١]. حيث قال: «باب يمين الرجل لصاحبه أنَّه أخوه إذا خاف عليه القتل أو نحوه، وكذلك كل مكره يخاف فإنَّه يذب عنه الظالم ويقاتل دونه ولا يخذله، فإن قاتل المظلوم فلا قود عليه ولا قصاص، وإن قيل: لتشربن الخمر، أو لتأكلن الميتة، أو لتبيعن عبدك، أو لتقر بدين، أو تهب هبة أو تحل عقدة، أو لتقتلن أباك، أو أخاك في الإسلام، وما أشبه ذلك وسعه ذلك لقول النبي ﷺ: «المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته»[٢]، ثمَّ رد البخاري قول من فرق بين ذي رحم محرم وغيره فقال: فرقوا بينهما بغير كتاب ولا سنة»[٣].

الفرق بين الإكراه والإلجاء:

فعلى ضوء التعريف الذي اخترناه يختلف الإكراه عن الإلجاء لغة واصطلاحاً. أما لغة فالإكراه هو الحمل على مكروه والتخويف بشيء ـ كما سبق ـ وأما الإلجاء فهو إيقاع الشخص فيما لم يبق له مجال، وجاء بمعنى الاضطرار أيضاً[٤]. وأما اصطلاحاً فالإلجاء هو جعل الشخص آخرَ في حالة لا مندوحة له على الفعل ويكون آلة بيد الملجيء كمن يُلقي شخصاً من شاهق فيوقعه على شخص فيقتله[٥]، قال الأسنوي: الملجيء هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة، ولا اختيار كالإلقاء من شاهق[٦]. فعلى هذا، فهذا الإلجاء هو غير الإلجاء الذي يذكره الحنفية من قسمي الإكراه، والذي يفسد الاختيار ولا يعدمه ـ كما سيأتي ـ وأمَّا الفرق بين الإلجاء والإكراه فمن وجوه:

الأول: أنَّ الإكراه لا ينافي خطاب التكليف، فالمكره مكلف عند الكثيرين منهم الحنفية والمالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة[٧]، غير أنَّ الشرع لا يرتب عليه

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٦٨)، حيث قالوا: إنَّ التهديد بقتل أجنبي ـ أي غير الولد، من أخ وعم ـ ليس بإكراه وأما بقتل الأب ـ فقيل: إكراه كالولد، وهو الظاهر، وقيل لا كالأخ لا يعتبر إكراهاً...».

(٢) صحيح البخاري ـ مع فتح الباري، كتاب الإكراه (١٢/٣٢٣).

(٣) المصدر السابق نفسه؛ ويراجع المحلى (٩/٢٥٩).

(٤) انظر: لسان العرب ص (٣٢٦٤، ٣٩٩٧)؛ والقاموس المحيط (١/٢٨، ٤/٢٩٣)؛ والمصباح المنير (٢/١٩٢، ٢١٢)؛ مادتي: لجأ، وكره.

(٥) تشنيف المسامع للزركشي، مع مجموعة شروح جمع الجوامع (١/٢٧٢).

(٦) التمهيد ص (١٢٠).

(٧) اختلف العلماء في تكليف المكره بالمعنى الذي اخترناه ـ أي غير الملجأ ـ فذهب أكثرهم إلى أنَّه =

الآثار الشرعية إلَّا في صور ذكرها العلماء[١] منها القتل على تفصيل فيه[٢]. قال إمام الحرمين: «المكره لا يمتنع تكليفه لإمكان الفهم والامتثال وإن كان على كره»[٣]. قال الزركشي: «وقد أجمع العلماء قاطبة على توجه النهي على المكره على القتل، وهذا عين التكليف»[٤] فالمكره لم يعتوره شيء يمنع تكليفه، لأنَّ مناط التكليف هو العقل والقدرة وهو قادر على الامتناع وذلك بالصبر على المكره به، غير أنّ الشرع لا

= مكلف وذهب بعضهم إلى أنَّه غير مكلف.

انظر في تفصيل ذلك: البحر المحيط للزركشي مخطوطة الدار (١١٢/١)؛ المحصول للرازي، تحقيق د. طه جابر (٤٤٩/١)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (١٨٨/١)؛ والتمهيد للأسنوي (١٢٠/١)؛ والمستصفى (٩٠/١)؛ وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع (٢٦٦/١)؛ والمنهاج للبيضاوي مع شرحه للأسنوي والبدخشي (١٣٨/١)؛ وشرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي (٥٠٨/١ ـ ٥٠٩)؛ ومختصر الطوفي ص (١٢)؛ والإحكام للآمدي (١٥٤/١)؛ والتلويح على التوضيح (٣٩٠/٢)؛ وشرح ابن ميارة المالكي (١٢/٢)؛ والفواكه الدواني (١١٠/٢).

(١) وقد ذكر الغزالي في الوسيط، مخطوطة طلعت ٢٠٦ فقه شافعي جـ ١ ورقة (١٤٩)، أنَّ الإكراه يُسقط أثر التصرفات عندنا قطعاً إلَّا في خمسة مواضع، الإسلام، والإرضاع، والقتل، والزنا، والتعليق على الدخول... وذكر النووي أنَّ الصور المستثناة تصل إلى مائة مسألة لا أثر للإكراه فيها، ولم يعددها، وذكر السيوطي سبعين صورة. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٢٣ ـ ٢٢٦).

(٢) لا خلاف بين الفقهاء إطلاقاً في أنَّ المكره على القتل يأثم إذا قتل، لأنَّه آثر نفسه على نفس غيره وقد نقل الحرمين والنووي والشيرازي وغيرهم إجماع العلماء على ذلك. وإنَّما الخلاف في أثر الإكراه في القصاص فذهب مالك والشافعي، وأحمد في قوله الراجح إلى أنَّ القصاص على المكرِه، والمستكرَه جميعاً. وذهب أبو حنيفة ومحمد والشافعي في قوله المرجوح إلى أنَّ القصاص على المكرِه ـ بكسر الراء ـ فقط وذهب أبو يوسف إلى أنَّه لا يجب القصاص على واحد منهما، وهذا وجه داخل مذهب أحمد. وذهب زفر إلى أنَّ القصاص على المكره ـ بفتح الراء ـ فقط أي دون المكره.

انظر: المبسوط (٧٣/٢٤)؛ والبدائع (٤٤٨٨/٩)؛ وتيسير التحرير (٣٠٧/٢ ـ ٣٠٨٠)؛ وفتح الغفار (١٢٠/٣)؛ والبدر الساطع (٢٩٠/١)؛ وبداية المجتهد (٣٩٦/٢)؛ وإيضاح المسالك إلى قواعد مالك، ط. الرباط ص (٤٠٤)؛ والبرهان لإمام الحرمين (١٠٦/١)، والوسيط للغزالي (جـ ١/١٤٩)، والروضة (١٣٥/٩)، ومغني المحتاج (٢٠٢/٤)، والقواعد لابن رجب ص (٣١٠)، وتشنيف المسامع (٢٧٨/١)، والمغني لابن قدامة (٢٦٧/٨)، وروضة الناظر ص (٢٧).

(٣) البرهان (١٠٦/١).

(٤) البحر المحيط للزركشي، مخطوطة الدار جـ ١ ورقة (١١٣).

يرتب على فعله بعض الآثار رحمة به لكونه معذوراً كما يدل عليه قوله تعالى: ﴿إلَّا من أُكرِه وقلبُه مطمئن بالإيمان﴾[1]. قال الإمام الشافعي: «فلما وضع الله عنه الكفر سقطت أحكام الإكراه على القول كله، لأنَّ الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو الأصغر منه»[2].

وهنا يثور سؤال وهو أنَّه إذا كان الإكراه لا ينافي في الاختيار فما الفرق بين المكره والمختار؟.

وقد أجاب عنه القاضي الباقلاني بقوله: «إنَّ المختار مطلق الدواعي والإرادات والمكره مقصور الدواعي والإرادة على فعل ما أكره عليه، ولا يختار غيره»[3].

وأما الملجأ فالصواب ـ كما قال ابن السبكي[4] ـ إنَّه يمتنع تكليفه، لأنَّه آلة محضة كالسكين في يد القاطع فلا ينسب إليه فعل، وحركته كحركة المرتعش ، بل قال بعضهم: إنَّ الملجأ لا يتوجه إليه الخطاب حتى عند القائلين بجواز التكليف بالمحال، لأنَّ المانع من التكليف في هذه الحالة راجع إلى وصف قائم بالمكلف وهو عدم القدرة، والاختيار، فانعدم شرط التكليف، لانعدام صدور الفعل من المكلف، وكيف يكلف من سلب عنه القدرة والاختيار، لأنَّه لو كلف لكان تكليفه بإيقاع الفعل الملجأ عليه وهو واجب الوقوع ولا اختيار له فيه، ولا ينسب إليه أصلاً فلم يوجد من الملجأ هذا الفعل حتى يمكن أن يكلف به، أو بعدمه فتتحقق فيه حينئذٍ فائدة التكليف وإن كانت على سبيل الابتلاء، لأنَّ الابتلاء إنما يكون بما يصح أن ينسب للفاعل بأن يبقى المكلف متصفاً بصفات التكليف ولو كان الفعل في ذاته خارجاً عن قدرته وذلك بأن يبدأ بمقدمات الفعل المكلف به، وهنا لم يبق المكلف حين الإلجاء بصفة

---

(١) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٢) الأم (٣/٢٠٩).

(٢) البحر المحيط مخطوطة الدار جـ ١ ورقة (١١٤).

(٣) جمع الجوامع مع شروحه: تشنيف المسامع، والبدر الساطع وغيرهما (١/٢٧٢)؛ بل قال البرماوي: المكره كالآلة يمتنع تكليفه، قيل، باتفاق لكن الآمدي أشار إلى أنَّه يطرقه الخلاف من التكليف بالمحال لتصور الابتلاء منه.

انظر: شرح الكوكب المنير (١/٥٠٩)؛ وتشنيف المسامع (١/٢٧٢).

(٤) تشنيف المسامع على جمع الجوامع مع البدر الساطع (١/٢٧٢)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٩)؛ والمصادر السابقة.

التكليف، كما أنَّه ليس له قدرة أو اختيار حتى يبدأ بالمقدمات،[1] فيكون التكليف محالاً[2].

الثاني: أنَّ الإكراه لا يزيل قدرة الإنسان ولا الاختيار وإن كان يفسده حيث يبقى له قدرة على الامتناع، وله اختيار وإن لم يكن حراً، لأنَّه يوازن بين ما هدده به المكرِه، وبين الفعل الذي طلبه منه فيقدم عليه، فيكون الفعل مسنداً إليه مباشرة في الجملة، فالمكرَه قادر على أي منهما شاء غير أنَّه يختار دفعاً للضرر المكرَه عليه، وأمَّا الإلجاء فهو يزيل القدرة والاختيار والرضا، ويصبح الملجأ آلة في يد الملجىء فالملجأ ليس له قدرة ولا اختيار، ولا يسند إليه الفعل، لأنَّه لم يخير بين الأمرين فلا يتصور منه الامتناع قال الزركشي: الملجأ آلة محضة كالسكين في يد القاطع فلا ينسب إليه فعل، وحركته كحركة المرتعش... وأما المكره فهو ينسب إليه الفعل فيقال: فعل فعلاً مكرهاً غير مختار... فهذا إقدامه ليس كوقوع الذي ألقى من شاهق»[3] ثمَّ رتب الزركشي مراتب عدم التكليف بين الغافل، والملجأ، والمكره على القول المرجوح القائل بعدم تكليفه، فقال: إذن فالمراتب ثلاث: تكليف الغافل، فإنَّه لا يدري ويتلوه الملجأ، فإنَّه يدري ولكن لا مندوحة له عن الفعل، ويتلوه المكره فإنَّه يدري وله مندوحة عن الفعل لكن بطريقة لم يكلفه الشرع الصبر عليه[4]. أي حتى لو قيل إنَّ المكره غير مكلف فإنَّه يختلف عن الملجأ من حيث المرتبة والقوة.

الثالث: أنَّ الإلجاء لا يكون إلاَّ بفعل مثل إنَّ يأخذه ثمَّ يوقعه على شخص

---

(١) البدر الساطع (١/٢٩٤)؛ وقد شبه الزركشي الملجأ بالغافل. انظر تشنيف المسامع مع البدر الساطع (١/٢٨٦).

(٢) أي يخرج عن كونه تكليفاً بالمحال. فهناك فرق بين تكليف المحال، ـ أو التكليف المحال ـ وبين التكليب بالمحال. فالأول ـ أي التكليف المحال أو تكليف المحال ـ ما كان الخلل راجعاً إلى المكلف نفسه كتكليف المجنون ونحوه، والثاني ما كان الخلل راجعاً إلى المأمورية كتكليف الإنسان بأن يطير في السماء بدون واسطة أو يحمل جبلاً ضخماً وهذا هو محل الخلاف حيث جوز التكليف به جماعة بناء على أنَّ في التكليف به فائدة الاختبار: هل يبدأ بمقدماته أم لا؟ وأما الأول فلا خلاف في عدم جواز التكليف فيه.

انظر: البدر الساطع شرح جمع الجوامع (١/٢٩٢ ـ ٢٩٣)؛ ونهاية السول (١/٩٩)؛ ومختصر قواعد العلائي، تحقيق د. مصطفى محمود رسالة دكتوراه في الأزهر بكلية الشريعة (٢/٥٠٥).

(٣) تشنيف المسامع على جمع الجوامع (١/٢٧٢ ـ ٢٧٦).

(٤) المصدر السابق نفسه (١/٢٧٦ ـ ٢٧٨).

فيقتله، أو يضعه في السلاسل، أو نحوها ثمَّ يأخذ يده غصباً عنه فيمضي بإصبعه على الورقة التي كتب فيها عقد البيع، أو يأخذ بيده فيكتب بها كتاباً فيه العقد، أو نحو ذلك، فالإلجاء فعل ولا يتحقق به إلَّا فعل، ولا يمكن أن يتحقق به القول، ولذلك لا يتصور الإلجاء على القول، لأنَّه مهما كان الأمر فلا يمكن التكلم إلَّا إذا أراده المتكلم. وأمَّا الإكراه فهو تهديد فيتحقق بالفعل والقول ـ كما سبق ـ كما أنَّه يكون على الفعل، وعلى القول.

فهذه الفوارق الأساسية بين الإكراه والإلجاء جعلتنا أن نجعلهما قسمين مختلفين تبعاً لبعض المحققين[1] وخلافاً لجماعة[2] من الأصوليين ـ ولا سيما من الشافعية ـ الذين جعلوهما واحداً حيث، قسموا الإكراه إلى قسمين. إكراه ملجىء كإلقاء من شاهق وغير ملجىء كالتهديد بالقتل ونحوه، وقالوا بامتناع التكليف بالقسم الأول لاستحالته بالنسبة للفعل المكره عليه لأنَّه واجب الوقوع وكذا بضده، لامتناعه، وقالوا بالنسبة للقسم الثاني أنَّه لا يمتنع معه التكليف.

ومع تسليمنا بأنَّ ذلك خلاف في اللفظ والاصطلاح ـ وهذا مما لا مشاحة فيه، حيث إنَّ لكلٍ أن يصطلح على ما يشاء ـ لكن الذي أولى بالقبول وحرى بالترجيح هو جعل الإلجاء قسيماً للإكراه، لا جزء منه وذلك نظراً إلى تلك الفوارق الأساسية من حيث الحكم وطبيعة كل منهما ـ كما سبق ـ قال الزركشي: «ظن بعض العلماء أنَّ الملجأ والمكره واحد وليس كذلك»[3]، وقال في البحر[4]: «ونعني بالمكره من هو قادر على الإقدام والإحجام».

وإذا كان ذلك من الأمور الاصطلاحية التي لا مشاحة فيها فإنَّ الخلط بين مصطلحات كل فريق، واستعمال مصطلح فريق لآخر مما ينعي عليه فقد خلط بعض الأصوليين بين[5] مصطلح الحنفية في الإلجاء[6]، الذي سبق التنبيه عليه أنَّه غير

---

(١) مثل ابن السبكي في جمع الجوامع ـ مع مجموعة الشروح ـ (٢٦٦/١)؛ والزركشي في تشنيف المسامع (٢٧٢/١)؛ وفي البحر المحيط مخطوطة الدار جـ ١ ورقة (١١٣) وغيرهما.

(٢) مثل الإمام فخر الدين الرازي في المحصول (٤٤٩/١)؛ والبيضاوي في المنهاج (١٣٨/١)؛ وتبعه شارحاه الأسنوي، والبدخشي (١٣٨/١)؛ والأسنوي في التمهيد ص (١٢٠)؛ وابن النجار في الكوكب المنير (٥٠٩/١)؛ وغيرهم.

(٣) تشنيف المسامع (١/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧).

(٤) البحر المحيط مخطوطة الدار جـ ١ ورقة (١١٣).

(٥) الإمام البدخشي في شرحه للمنهاج للبيضاوي (١٣٨/١ ـ ١٣٩).

(٦) فقد صرح الحنفية بأنَّ الإكراه ـ بقسميه الإلجاء، وهو التهديد بالقتل أو بإتلاف عضو، وغير الإلجاء =

الإلجاء عند الشافعية ومن معهم، وبين مصطلح الشافعية فعلق على قول البيضاوي: «الإكراه الملجىء يمنع التكليف لزوال القدرة» قائلاً: «المسألة الثالثة: الإكراه على قسمين: إكراه ملجىء أن يفوت النفس، أو العضو، وإكراه غير ملجىء...»(١) ثمَّ اعترض على البيضاوي بـ : «أن الإكراه وإن كان ملجئاً لا ينافي القدرة والاختيار، لأنَّ حمل الفاعل على اختيار الأهون عنده لا ينافي الاختيار ولا التكليف»(٢)، فغفل عن مراد البيضاوي بالإلجاء حيث هو يريد به الإلجاء المصطلح عليه عنده كالإلقاء من شاهق، لا ما هو المصطلح عليه عند الحنفية ولذلك نرى الأسنوي حينما شرح قول البيضاوي هذا قال: «الإكراه قد ينتهي إلى حد الإلجاء كالإلقاء من شاهق، وقد لا ينتهي إليه كما لو قيل: إن لم نقتل هذا قتلتك... فالأول يمنع التكليف أي بفعل المكره عليه، وبنقيضه..»(٣).

ويمكن أن نصل من خلال هذا العرض إلى الجمع بين عبارات الأصوليين المطلقة المختلفة حول تكليف المكره فنقول: حيثما قالوا المكره غير مكلف، فالمراد به المكره الملجأ على معنى الإلجاء الذي يزيل القدرة وحيثما قالوا هو مكلف على معنى المكره غير الملجأ الذي يبقي معه أصل القدرة والاختيار، وهذا ما قام بتحرير محل النزاع فيه جماعة من الأصوليين حيث قالوا: الإكراه إن انتهى إلى حد الإلجاء امتنع التكليف، وإن لم ينته إليه صح التكليف به شرعاً وعقلاً(٤).

الفرق بين الإكراه والاضطرار:

وأمَّا الفرق بين الإكراه والاضطرار فيظهر من خلال التعريف بكل منهما فالاضطرار لغة من الضرورة. فيقال: اضطره كذا أي دفعته الضرورة إليه وليس له منه بُدٌّ(٥)، وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على هذا المعنى نفسه - أي أن تدفعه الضرورة

= وهو ما كان التهديد بحبس أو نحوه، لا ينافي الخطاب والأهلية.

انظر: تكملة فتح القدير (٢٩٣/٧)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (١٢٠/٣)؛ وتيسير التحرير (٣٠٧/٢ - ٣٠٨).

(١) شرح البدخشي على المنهاج (١٣٨/١).

(٢) المصدر السابق (١٣٩/١).

(٣) شرح الأسنوي على المنهاج للبيضاوي المطبوع مع شرح البوخشي (١٣٨/١ - ١٣٩).

(٤) المحصول للرازي (٤٥٠/١)؛ والمنتهى لابن الحاجب ص (٣٢)؛ والأحكام للآمدي (١١٧/٢)؛ ومنتهى السول (٣٧/١)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٢).

(٥) القاموس المحيط (٧٧/٢)؛ والمصباح المنير (٦/٢).

للإقدام على إنشاء تصرف ـ حيث مثلوا له بأن يضطر شخص إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه أو إلى شراء شيء لحماية نفسه أو نحو ذلك فيبيع ما في يده، فربما يبيع ماله بالنقص قال الخطابي: «فسبيله من حيث المروءة أن لا يترك حتى يبيع ماله ولكن يعان... فإن عقد البيع على هذا الوجه صح ولم يفسخ ولكن كرهه عامة أهل العلم»[1]. فعلى هذا لا يدخل الاضطرار في الإكراه، لأنَّه ليس فيه تهديد، وذلك لأنَّ الإكراه يحدث نتيجة ضغط خارجي، وأما الاضطرار فهو يحصل نتيجة ضغط داخلي لا قبل له بآخر، كما أنَّ المضطر له رضا واختيار حين عقده بخلاف المكره الذي ينعدم رضاه، ويفسد اختياره، غير أنَّ الخطابي ذكر في تفسير حديث «نهى عن بيع المضطر»[2] أنَّ بيع المضطر يكون على وجهين: أحدهما: أن يضطر إلى العقد عن طريق الإكراه عليه فلا ينعقد العقد، والثاني: أن يضطر إليه لدين...»[3] فعلى هذا يكون الاضطرار أعم من الإكراه.

وأما حكم تصرفات المضطر على المعنى الخاص فهو أنَّه إذا باع أو اشترى أو أنشأ أي عقد بثمن المثل فلا خلاف في صحته[4]، وأما إذا كان فيه غبن فاحش مثل أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو نحو ذلك، فلا يبيعه البائع إلَّا بأكثر من ثمن مثله، وكذلك إذا احتاج إلى بيع ماله لفك نفسه من الأسر أو الظلم أو لحاجته إلى الدواء أو إلى إجراء عملية لنفسه أو لقريبه، فلا يشتري منه العاقد الآخر إلَّا بغبن فاحش، فهذا التصرف يكون فاسداً عند الحنفية[5]، حيث استدلوا بالحديث السابق[6]، وبأنَّ المضطر غير راضٍ بإنشاء هذا العقد إلَّا أنَّ الضرورة دفعته إليه فيكون

---

(١) المجموع (٩/١٦١ ـ ١٦٢).

(٢) الحديث هذا رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/١٧). لكنه قال: «وقد روى هذا الحديث من أوجه كلها غير قوية» المصدر السابق (٦/١٨)؛ ورواه أبو داود أيضاً في سننه ـ مع عون المعبود ـ (٩/٢٣٥).

(٣) المجموع (٩/١٦١)؛ وعون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/٢٣٦).

(٤) المجموع (٩/١٦١)، حيث ذكر الخطابي بأنَّ العقد صحيح عند العلماء.

وراجع: حاشية ابن عابد بن علي على الدر المختار (٤/١٠٦)؛ وشرح ابن مياره على التحفة (٢/١٢)؛ والدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٦٣٩)؛ وكشاف القناع (٣/١٠٥).

(٥) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/٥٩).

(٦) وهو حديث «نهى عن بيع المضطر» الذي سبق تخريجه آنفاً.

كالمكره. ويمكن أن يرد على هذا بأنَّ الحديث ضعيف كما قال البيهقي[١]، والنووي[٢]، ولو ثبت لحمل النهي فيه على الكراهة وأمَّا قياس المضطر على المكره فهو مع الفارق لأنَّ المكره مضغوط من شخص آخر، ولا يريد إنشاءه لولا هذا التهديد، وأما المضطر فحاجته داخلية ولمصلحته الشخصية.

وذهب الجمهور إلى صحة عقوده مع الكراهة إذا لم يقم العاقد الآخر بمساعدته لانتشاله من محنته[٣].

والراجح هو أنَّ مجرد الاضطرار ليس من أسباب فساد العقود أو بطلانها، لأنَّ المضطر مختار بل هو راضٍ بما أقدم عليه، وإن كان رضاه ليس كرضا الشخص غير المضطر، فهو قد وازن ورضي بما أقدم عليه، فليس المال إلَّا وسائل لدفع حاجات الإنسان، فإذا أنشأ عقداً مع آخر ولم يستغل الأخير حاجته واضطراره ولم يوقعه في غبن فاحش كان عقده صحيحاً لا غبار عليه، وإن كان من الواجب مساعدته وتقديم العون له حتى لا يقع في هذه الحالة، أما إذا عرف العاقد الآخر حالة المضطر واستغل هذا الضعف واشترى منه المعقود عليه أو باعه ـ أو نحو ذلك ـ بغبن فاحش غير معقول فإنَّ العقد يكون فاسداً لا لأجل الاضطرار بوحده لكن لأجل الاستغلال والغبن وذلك لأنَّ العقد في هذه الحالة اختلت فيه المعاوضة والتعادل بين العاقدين، وبين الثمن والمثمن أيضاً ومبنى العقود ـ كما يقول البيضاوي ـ على المساواة بين العاقدين[٤]، وحينئذٍ لا يتحقق فيه رضاه فيكون العقد فاسداً وإلَّا فالعقد صحيح لازم، قال ابن حزم: «كل من يبتاع قوت نفسه وأهله للأكل واللباس فإنَّه مضطر إلى ابتياعه بلا شك، فلو بطل ابتياع هذا المضطر لبطل بيع كل من لا يصيب القوت من ضيعته، وهذا باطل بلا خلاف،... وقد ابتاع النبي ﷺ أصواعاً من شعير لقوت أهله، ومات عليه السلام ودرعه مرهونة في ثمنها فصح أن بيع المضطر إلى قوته وقوت أهله، وبيعه ما يبتاع به

---

(١) السنن الكبرى (٦/١٨).

(٢) حيث قال: في المجموع (٩/١٦١): إسناده ضعيف. ونقل عن البخاري أنَّه قال: «لا يصح هذا الحديث» وراجع المحلى (٩/٦٤٠).

(٣) المصادر السابقة جميعها. وراجع الأستاذ البرديسي: الإكراه بين الشريعة والقانون، القسم الثاني: الاضطرار وأثره في التصرفات ص ٢٠ وما بعدها؛ وبحر العلوم: رسالته السابقة الإشارة إليها ص ١٥٠ وما بعدها. وقد فسر البرديسي الاضطرار بما هو أعم من الإكراه. ونحن ذكرنا هنا أحكامه بمعناه الخاص.

(٤) الغاية القصوى (١/٤٩٠).

القوت بيع صحيح لازم فهو أيضاً بيع تراض لم يجبره أحد عليه فهو صحيح بنص القرآن»[1]. ثمَّ ذكر بأن البيع لانقاذ نفسه أو حميمه من يد كافر بيع عن تراض[2] فعلى هذا نختار أنَّ الاضطرار غير الإكراه وأنَّ المعيار الأساسي الذي يفصل بينهما هو كون الدافع داخلياً أو خارجياً أي إذا كان من شخص آخر وكان مباشراً كأن هدده إن لم يبع كان إكراهاً وإلَّا ـ بأن كان داخلياً لحاجته إلى الأكل والشرب واللباس، أو كان غير مباشر كأن كان أسيراً فطلب الكافر أو الظالم منه المال فلم يعطه، بل قام ببيع ماله ـ أي دون تهديد مباشر على البيع أو على سببه[3] ـ فهو اضطرار. وبعبارة أخرى إذا لم يتجه التهديد نحو التصرف بعينه لا يكون إكراهاً.

أركان الإكراه وشروطه:

بعد أن بيَّنا حقيقة الإكراه وتمييزه عن غيره يجدر بنا أن نتصدى لأركانه وشروطه، ولقد ذكر الفقهاء[4] أنَّ أركانه أربعة: المكره ـ بكسر الراء، والمكره ـ بالفتح، والمكره عليه، والمكره به، ونحن هنا نلقي بصيصاً من الضوء على كل ركن مع شروطه..

١ ـ المكره ـ بكسر الراء ـ هو من هدد شخصاً وحمله على إحداث شيء قهراً.

وشرطه: القدرة على تحقيق ما هدد به بولاية، أو تغلب، أو فرط هجوم، وكونه جاداً في تهديده[5] فالمعيار هو تحقق القدرة مع الجدية سواء من سلطان أو لص أو غيرهما ـ كما سبق ـ.

٢ ـ المكره ـ بفتح الراء ـ وهو الشخص الذي يقع عليه الضغط والتهديد فيقوم بتصرف دون رضاه.

---

(١) و (٢) المحلى لابن حزم (٩/٦٤٠ ـ ٦٤١).

(٣) قال ابن مياره الفاسي في شرحه على تحفة الحكـام (١٢/٢): «واعلم أنَّ من أكره على البيع لم يلزمه البيع بإجماع، وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك ففيه خلاف مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك أنَّه لا يلزمه، وقال بذلك جماعة، وقال ابن كنانة: بيعه لازم غير مفسوخ... والمذهب على خلاف ذلك قال الخطاب: وقد علمت أنَّ المذهب أنَّه لا فرق بين الإكراه على البيع، أو على مال».

وراجع شرح الخرشي (٨/٥).

(٤) راجع المبسوط (٣٩/٢٤)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٢٩).

(٥) المراجع السابقة؛ والروضة (٥٨/٨)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠)؛ وعيون المسائل، لأبي ليث =

وشرطه: أن يكون عاجزاً عن دفع ما هدد به بأي وسيلة كانت كهرب أو حيلة، أو استعانة بغيره، أو مقاومة[1]، وأن يفعل ذلك لداعية الإكراه قال الغزالي: «نحن نوقعه ـ أي طلاقه ـ مهما زعم المكره أنَّه كان راضياً، أو ظهر مخايل الاختيار وذلك كمخالفته للمكره بزيادة أو نقصان أو تغيير لفظ مثل أن يكره على طلاق واحد فطلق ثلاثاً. . .»[2] وأن يكون ما هدده به فورياً، ويستثني من ذلك ما إذا ذكر زمناً قريباً جداً، أو جرت العادة بأنَّه لا يخلف، فلو قال: بع أموالك وإلاَّ قتلتك بعد شهر فلا يعتبر إكراهاً[3]. وقد اشترط بعض[4] في تأثير الإكراه أن لا يتمكن المكره من التورية إما لغباء، أو لدهشة، أو لعدم معرفة، مثل أن يكره على الطلاق فلا بدَّ أن لا ينوي الطلاق الحقيقي، بل ينوي إطلاق القيد، وعلى هذا إذا أكره على طلاق ولم ينو رفع القيد كان طلاقه واقعاً إذا تمكن من ذلك غير أنَّ الراجح عند الشافعية والحنابلة عدم اشتراط ذلك وبالتالي عدم وقوع طلاقه سواء استعمل التورية أو لا[5]. ولا خلاف في أنَّه إذا أصيب بدهشة فلم يأت على باله التورية، أو لم يعرفها لا يقع طلاقه[6] كما اشترطوا أن يعلم المكرَه أنه يتلخص من المهدد به بفعله وإلاَّ فلو قال: اقتل نفسك وإلاَّ قتلتك فلا يجوز له أن يقدم على قتل نفسه[7]. غير أنَّ هذين الشرطين ليسا من شروط تحقق الإكراه وإنَّما من شروط تأثيره. كما اشترطوا أن لا يخالف المكرَه ما طلبه منه المكره ـ بكسر الراء ـ فلو أكرهه على تطليق زوجته طلقه واحدة فطلقها ثلاثاً ـ كما سبق ـ وقع طلاقه،

= السمرقندي (١/٤٠٥ ـ ٤٠٨)؛ وتبيين الحقائق (١٨٢/٥)؛ وفتح الغفار (١٢٠/٣)؛ والدسوقي على الشرح الكبير (٣٦٧/٢)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٩)؛ والمحلى لابن حزم (٢٦٩/٩).

(١) المصادر السابقة. وراجع: الروضة (٥٨/٨).

(٢) الوسيط مخطوطة طلعت جـ ١ ورقة (١٤٨ ـ ١٤٩)؛ وقال النووي في الروضة (٥٦/٨): «فإن ظهر ما يدل على اختياره بأن خالف المكره وأتى بغير ما حمله عليه فلا إكراه». راجع المنثور في القواعد للزركشي (١٩٣/١).

(٣) المبسوط للسرخسي (٣٩/٢٤)؛ وحاشية ابن عابدين (١٠٩/٥)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٦٧/٢. . .)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٣٠)؛ وفتح الباري (٣١١/١٢).

(٤) الأشباه للسيوطي ص (٢٣٠)؛ ومغني المحتاج (٢٩٩/٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٦٨/٢)؛ وتفسير القرطبي (١٩٠/١٠).

(٥) الروضة للنووي (٥٨/٨)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٨)؛ وأعلام الموقعين (٥٣/٤).

(٦) الأشباه للسيوطي ص (٢٣٠)؛ وأعلام الموقعين (٥٣/٤).

(٧) بدائع الصنائع (٣٥١٣/٩)؛ وعيون المسائل (٤٠٧/١)؛ والروضة (٥٦/٨).

ولا يعتبر إكراهاً لأنَّ الطلقات الثلاث غير مكره عليها[1].

وقد ذكر الكاساني أنَّه إذا عدل المكرَه إلى غير ما وقع عليه الإكراه بالفعل نفذ ما فعل، لأنَّه طائع فيما عدل إليه حتى لو أكره على بيع داره فوهبها، أو بالعكس صح، وكذلك لو طولب بمال، وأكره على أدائه فباع المكره داره لأدائه لم يتحقق إكراه على البيع فصح، لأنَّه فيه طائع، ولو أكره على الإقرار بألف درهم فأقر بمائة دينار، أو بصنف آخر صح لأنَّه طائع فيما أقرّ به، وقد بيَّن الكاساني فرقاً لطيفاً بين العدول في الإقرار والعدول في البيع عما أكره عليه فذكر أنَّه لو أكره على أن يبيع منزله بألف درهم فباعه بمائة دينار كان البيع فاسداً استحساناً، ولو كان إقراراً صح وهذا هو القياس حتى في البيع، لأنَّه حصل فيه عدول عما أكره عليه. ووجه الاستحسان أنَّ الفائت بالإكراه هو الرضا طبعاً، والإكراه على البيع بألف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بألف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمتها ألف، لاتحاد المقصود منها وهو الثمنية، فكان انعدام الرضا بالبيع بأحدهما دليلاً على انعدام الرضا بالبيع بالآخر، وبالتالي كان الإكراه على البيع بأحدهما إكراهاً بالبيع بالآخر، أما لو أكره على البيع بألف فباعه بمكيل، أو موزون آخر فإنَّه لا يكون إكراهاً، لأنَّ المقصود مختلف. وهذا المعنى غير موجود في الإقرار لأنَّ بطلانه لانعدام رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيختص بمورد الإكراه[2].

ومن شروط المكره في تحقق الإكراه أن يقع في نفسه خوف ورهبة، من أنَّه إذا لم ينفذ ما هدده به ينفذ المكره ـ بالكسر ـ تهديده، ومعيار ذلك غلبة الخوف، ويصدق فيما لو ادَّعى ذلك، لأنَّه إذا تعذَّر الوصول إلى يقين يكتفي بغالب الظن، ومناط ذلك الخوفُ والرهبة مهما كان سببهما حتى ولو كان في صورة أمر[3]، قال الكاساني: «دلَّ ذلك على أنَّ العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الإيعاد»[4] . وعلل السرخسي ذلك بأنَّ أحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم للضرب وخلافه، فلا طريق سوى رجوع المكره إلى

---

(١) الوسيط للغزالي، مخطوطة طلعت جـ ١ ص (١٤٨ ـ ١٤٩) والمصادر السابقة.

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٥١٣ ـ ٤٥١٤).

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠)؛ وفتح الغفار (٣/١٢٠)؛ وتيسير التحرير (٢/٣٠٧)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٦٨)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي على التحفة (٢/١٢)؛ والمهذب (٢/٧٨)؛ والمنثور في القواعد (١/١٩٧)؛ والروضة (٨/٥٩)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٨).

(٤) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٠).

غالب رأيه[١]، وقد خالف في ذلك رأي مرجوح للمالكية[٢] والشيخ أبو إسحاق المروزي[٣] حيث لم يعتدا بالتهديد بوحده بل اشترطا مباشرة المكرِه الضرب أو نحوه للمكرَه. وهو مردود بأنَّ الإكراه لا يشترط في تحققه إلَّا التهديد من قادر فهذه الزيادة لم يرد بها دليل[٤].

٣ ـ المكره به: أي وسيلة التخويف، وهو الشيء الذي يهدد به المكره كالقتل، والحبس، وإتلاف عضو، وكالصفع في ملأ لذي مروءة، ونحو ذلك مما يكون أذى كأن يقول: إن لم تبع لي دارك لأقتلنك. . .

وشرطه: أن يكون أذى مكروهاً[٥] لدى المكرَه سواء كان موجباً لإتلاف نفس أو عضو، أو مال، أو موجباً لِغَمٍّ بحيث يختار العاقل الإقدام على طلب المكرِه خوفاً من وقوعه عليه[٦]، وقد سبق أن ذكرنا شموله وعموميته لكل أذى[٧] . فالمعيار في المهدد به شخصي نسبي يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، كما أنَّه تراعى أحوال المكره عليه من حيث الخطورة، والإثم، فمثلاً لا يؤثر الإكراه على الزنا بإسقاط الحد إلَّا أن يكون المهدد به قتلاً، أو إتلاف عضو، والإكراه على البيع يكون بالتخويف بالقتل أو بقطع عضو، أو بالحبس الطويل، أو الضرب الكثير أو الضرب المتوسط لمن لا يحتمله بدنه ولم يعتده، أو بتخويف ذي المروءة بالصفع في الملأ، أو بتسويد الوجه ونحوه، وكذا بقتل الوالد وإن علا، والولد وإن سفل[٨]، والأخ في الإسلام كما رجحه

---

(١) المبسوط (٤٩/٢٤)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (١٢٠/٣)؛ ولسان الحكام ص (٣١١)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٦٧/٢).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١١٦٥/٣).

(٣) الروضة (٥٨/٨).

(٤) الروضة (٥٨/٨ ـ ٥٩).

(٥) فمثلاً إذا كان المكره عليه مباحاً لا يؤثر في تغيير آثاره. فلو أكره حتى وطىء زوجته استقر عليه كل المهر ويسقط به الوجوب إذا قلنا: يجب عليه الوطء مرة، ولو أكره المضطر حتى أكل طعام الغير تعلق الضمان به. المنثور في القواعد للزركشي (١٩٦/١ ـ ١٩٧).

(٦) المصادر السابقة.

وراجع: فتح القدير (٢٩٤/٢)؛ الأشباه للسيوطي ص (٣٠)؛ وتفسير القرطبي (١٩٠/١٠)؛ وفتح الباري (٣١٤/١٢)؛ والمحلى لابن حزم (٢٦٩/٩).

(٧) انظر ص (٤١٦) من هذا الكتاب.

(٨) بدائع الصنائع (٤٤٨٣/٩)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٨ ـ ٢٢٩).

البعض[1] وكذلك بإتلاف المال، قال الرافعي: «الذي مال إليه المعتبرون: أنَّ الإكراه على القتل لا يحصل إلَّا بالتخويف بالقتل، وأما غيره ففيه خلاف، الأصح أنَّه يحصل بالقتل، والقطع، وما يسلب منه الاختيار، وبعقوبة شديدة تتعلق ببدنه كالحبس الطويل، وبأخذ المال أو إتلافه، والاستخفاف بالأماثل ـ أو النجباء ـ وإهانتهم كالصفع بالملأ وتسويد الوجه وهذا اختيار جمهور العراقيين»[2] وهو مذهب الجمهور[3].

وقد اختار النووي هذا المعيار الواسع وهو أنَّ الإكراه يحصل بكل ما يُؤْثِر العاقل الإقدام عليه حذراً مما هدد به وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة، والأمور المخوف بها، فقد يكون التخويف بشيء إكراهاً من نوع معين ولا يكون إكراهاً بالنسبة لنوع آخر، وفي حق شخص دون آخر[4] وهذا هو الذي يظهر رجحانه، لأنَّ المقصود بالإكراه أن يعدم الرضا أو يفسده وهذا ما لا يتحقق إلَّا بوجود خوف يصحبه اضطراب وتقلقل في التفكير ثمَّ ينتهي بإخضاع رضاه لرضا غيره، ولما كانت الأشخاص مختلفين في مدى تأثير ذلك عليهم فلا بد إذن أن تختلف أحوالهم بالنسبة لتحقق الإكراه منهم، بالإضافة إلى ما ذكرناه من آثار عن الصحابة والتابعين تدل على هذا المعيار قال الشيرازي في عرضه لأمثلة المهدد به: «. . .وكالاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوي الأقدار، لأنَّه يصير مكرهاً بذلك، وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به، والاستخفاف بمن لا يغض منه، أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه، أو الحبس القليل فليس بإكراه، وأما النفي فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو إكراه، وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان أحدهما أنَّه إكراه، لأنَّه جعل النفي عقوبة كالحد، ولأنَّه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن والثاني ليس بإكراه لتساوي البلاد في حقه»[5].

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٣١٤/١٢).

(٢) الروضة (٨/٥٩٠٠٠).

(٣) المبسوط (٤٩/٢٤)؛ وشرح ابن مياره على التحفة (١٢/٢)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦/٣)؛ والنيل وشفاء الغليل ص (٢٦٠). غير أنَّ المالكية لهم ثلاثة أقوال في التخويف بإتلاف المال: قيل: إكراه، وقيل: ليس إكراهاً، وقيل: إن كثر فإكراه وإلَّا فلا. والأول هو قول مالك، والثاني لأصبغ، والثالث لابن الماجشون. وجعل بعضهم القول الثالث تفسيراً للأولين وبذلك ينتفي الخلاف وهو أنَّ التخويف بإتلاف المال إن كان كثيراً فإكراه وإلَّا فلا.

يراجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٦٨/٢).

(٤) الروضة (٥٩/٨)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٨ ـ ٢٢٩)؛ والمصادر السابقة.

(٥) المهذب للشيرازي (٧٨/٢)؛ وهذا وقد رد الحنفية رأياً مرجوحاً لبعض علمائهم حدد الضرب =

٤ ـ المكره عليه: وهو التصرف الذي يريد المكره تحقيقه من خلال تهديده سواء كان قولاً مثل إجراء كلمة الكفر والعقود والتصرفات القولية كالبيع ونحوه، أو فعلاً مثل القتل، والسرقة وإتلاف مال مسلم للمكره أو لغيره، لكنه لا يشمل أفعال القلوب كالإيمان والكفر والبغض والحب، والعلم، واليقين والظن ونحوها فهذه الأمور لا تكون مكرهاً عليها، وإن كان يمكن الإكراه على الوسائل التي قد نتوصل إليها وقد لا نتوصل. قال تعالى: ﴿لا إكراهَ في الدِّين﴾[1] والمراد بالدين هنا المعتقد[2]، فليس للإكراه من سبيل إلى تثبيت العقيدة في القلب[3]، قال السيوطي: «قال العلماء لا يتصور الإكراه على شيء من أفعال القلوب»[4].

وقد قسم الفقهاء ـ ولا سيما الحنفية ـ المكره عليه إلى قسمين[5]: حسي وشرعي وكل واحد منهما أما معين، أو مخير، فالحسي المعين كالإكراه على الأكل بعينه أو الشرب أو الشم أو الإتلاف أو القطع أو نحوه، والحسي المخير كالإكراه على فعل أو قول أكثر من واحد مثل أن يقول: ـ مثلاً ـ لأقتلنك إن لم تأكل كذا أو تشرب كذا.

وأما الشرعي فالطلاق، والعتاق، والتدبير، والنكاح، والرجعة، واليمين، والنذر، والظهار، والبيع، والشراء، والهبة، والإجارة، والكفالة، وتسليم الشفعة ونحوها من التصرفات الشرعية. ولا يخفى أنَّ التعيين والتخيير فيها يختلفان باعتبار ما يطلبه المكرِه.

وشرط المكره عليه أن يكون مما يمتنع عنه المكره ـ بفتح الراء ـ ويكرهه أما لحقه مثل إتلاف ماله، أو بيعه أو نحو ذلك، أو لحق شخص آخر كإتلاف مال الغير،

= بأربعين سوطاً باعتباره أدنى الحدود، فعلى هذا لا يتحقق الإكراه بالضرب إذا كان أقل منه. قالوا في ردهم عليه: إن تعيين المقدار لا يكون إلَّا بالنص، ولا نص على هذا التعيين، وأيضاً إنَّ أحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم للضرب وخلافه. انظر: المبسوط للسرخسي (٤٩/٢٤).

(١) سورة البقرة: الآية ٢٥٦.

(٢) انظر: تفسير القرطبي (٢٧٩/٣).

(٣) وأما الدين كنظام وأحكام ففيه إكراه حيث تفرض الأحكام الشرعية بقوة الحق والقانون قال ابن العربي: «قوله تعالى: ﴿لا إكراهَ﴾ عموم في نفي إكراه الباطل، فأما الإكراه بالحق فهو من الدين، وهل يقتل الكافر إلَّا على الدين».

(٤) الأشباه والنظائر ص (٢٢٨).

(٥) بدائع الصنائع (٤٤٨/٩)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٢٣).

أو لحق الشرع كالزنا وشرب الخمر أما إذا أراده ولو كان أثناء الإكراه بأن رضي بالفعل بإحداث المكره عليه فلا يتحقق الإكراه(١).

وقد اشترط الشافعية أن يكون المكره عليه معيناً، فإن كان فيه تخيير فلا يتحقق الإكراه مثل أن يقول: إن لم تقتل زيداً أو عمراً، أو إن لم تطلق إحدى زوجتيك لأفعلن بك كذا(٢). وللحنفية تفصيل دقيق وهو أنَّه في حالة التخيير يجب أن لا يقدم على أخف الأمرين، فلو أكرهه على قتل مسلم أو إتلاف مال فلا يجوز له القتل بحال، بل يترخص له إتلاف المال، وإن أكره على إتلاف مال مسلم أو الأكل من الميتة، أو إتلاف عضو يترخص له أكل الميتة فقط، ولو أكره على قتل أو زنا لا يجوز أن يفعل أحدهما(٣).

هذا إذا قصد المكرِه تحقيق المكره عليه بعينه، أمَّا إذا قصد من وراء ذلك تحقيق مآرب أخرى كأن أكرهه على شرب الخمر ليبيع ماله، أو يطلق زوجته فلا يصح عقده بالاتفاق(٤).

أقسام الإكراه:

لقد قسم الفقهاء الإكراه إلى عدَّة تقسيمات باعتبارات مختلفة فقسمه الحنفية والزيدية(٥) إلى إكراه ملجىء، وإكراه غير ملجىء(٦). فالأول هو ما كان الإكراه بإتلاف نفس، أو قطع عضو ـ ولو كان أنملة ـ والضرب الذي يفضي إلى تلف نفس، أو عضو

---

(١) المبسوط للسرخسي (٣٩/٢٤)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٨١/٩)؛ وشرح ابن ميارة على التحفة (١٢/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢٦٧/٢)؛ والوسيط، مخطوطة طلعت (جـ ١٤٨/١ ـ ١٤٩)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٩)؛ والمنثور في القواعد (١٩٣/١).

(٢) الروضة (٥٧/٨)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٣٠).

(٣) بدائع الصنائع (٤٤٩/٩)، وفيه توسع في هذا فليراجع.

(٤) سبق تفصيل ذلك في مبحث السكران، وراجع: كشف الأسرار (٣٨٣/٤)؛ والشرح الصغير للدردير (٥٤٧/٢)؛ ومغني المحتاج (٢٧٩/٤)؛ وكشاف القناع (١٤٠/٣).

(٥) انظر المبسوط (٣٩/٢٤)؛ وكشف الأسرار للبزدوي (٣٨٣/٤)؛ والهداية مع شرح العناية؛ وتكملة فتح القدير (٢٩٣/٧)؛ وتيسير التحرير (٣٠٧/٢)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (١١٩/٣)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩)؛ وكتاب النيل ص (٢٦٠)؛ والتلويح على التوضيح (٣٩٢/٢).

(٦) المراد بالإلجاء هنا غير الإلجاء الذي ذكرناه في الفرق بينه وبين الإكراه ـ كما سبق. فالإلجاء عند الحنفية هو إكراه وتهديد، وليس المراد به الإلجاء المصطلح عليه عند جمهور الأصوليين المتكلمين.

قل الضرب أم كثر ومنهم من قدره بعدد ضربات أدنى الحدود قال الكاساني: «وهو غير سديد، لأنَّ المعول عليه تحقق الضرورة، فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد»[1]، وهذا النوع يسمى عندهم بالإكراه التام أيضاً لأنَّ الإكراه قد بلغ ذروته، كما يسمى بالإلجاء، لأنه لا يبقى معه مجال حتى يكاد يكون المكرَه آلة في يد المكرِه.

والثاني: - أي الإكراه غير الملجىء - وهو ما كان الإكراه بالحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يخاف منه التلف، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين. وهذا النوع يسمى أيضاً بالإكراه الناقص.

وهذا التقسيم للإكراه باعتبار المهدد به ونوعيته من الشدة أو الضعف، وقسموه أيضاً باعتبار مدى تأثيره في الرضا والاختيار، إلى ثلاثة أقسام:

١ - قسم يعدم الرضا، ويفسد الاختيار - وإن كان لا يعدمه - وهو الإكراه الملجىء.

فالرضا لا يبقى له وجود مع الإكراه - كما سبق - وأمَّا الاختيار فيبقى معه، إذ الفعل يصدر منه باختياره، لكنه يفسد لكونه غير مستقل بل هو مستند إلى اختيار المكره - بالكسر - لأنَّ الاختيار قصد، فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح وإلاَّ ففاسد[2].

٢ - وقسم بعدم الرضا، ولكنه لا يؤثر في الاختيار لا بالإبطال ولا بالإفساد، وذلك حينما يكون التهديد بغير نفس، أو عضو بل بأذى يقع على المكره مباشرة.

٣ - وقسم ثالث لا يؤثر في الاختيار، ولكن يؤثر في الرضا بالإفساد وهو ما كان الإكراه بشيء لا يقع مباشرة على المكره - بالفتح - بل يقع عليه تبعاً مثل التهديد بحبس أبيه، أو ولده، أو ما يجري مجراه.

وقد ثار جدل حول عد هذا القسم الأخير من أقسام الإكراه فذهب العلامة البزودي إلى أنَّه لا يعتبر إكراهاً شرعياً، لعدم ترتب الأحكام عليه، وإن كان داخلاً في الإكراه بمعناه اللغوي[3]. وذهب جماعة من المحققين[4] إلى أنَّه إكراه استحساناً فقد

---

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٧٩).

(٢) المصادر السابقة ويراجع التلويح على التوضيح (٢/٣٩٠).

(٣) كشف الأسرار (٤/٣٨٣).

(٤) المبسوط (٢٤/١٤٤)؛ وتيسير التحرير (٢/٣٠٧)؛ وفتح الغفار (٣/١١٩).

ذكر السرخسي أنَّه قال للمكره لأحبسن أباك أو ابنك في السجن إن لم تبع لي دارك ـ مثلاً ـ ففعل، ففي القياس أنَّ البيع جائز، لأنَّ هذا ليس بإكراه، فإنَّه لم يهدده بشيء في نفسه أو ماله، وحبس أبيه لا يلحق به ضرراً، فالتهديد به لا يمنع صحة بيعه، وإقراره، وهبته، وكذلك في حق كل رحم محرم. وأمَّا في الاستحسان فذلك إكراه، ولا ينفذ شيء من هذه التصرفات لأنَّ حبس أبيه يلحق به من الحزن والهم ما يلحق به حبس نفسه، أو أكثر، فإنَّ الولد إذا كان باراً يسعى في تخليص أبيه من السجن حتى ولو أدى إلى سجن نفسه، بل يُؤْثر الأذى والسجن دون أن ينال أباه أو أمه أيُّ أذى[1].

فعلى ضوء ما سبق أنَّ القسمين الأخيرين يدخلان في الإكراه غير الملجىء أو الإكراه الناقص، فحينئذٍ يمكننا تقسيم الإكراه غير الملجىء إلى نوعين نوع يعدم الرضا، ونوع آخر لا يعدمه لكن يفسده[2]، وكلا النوعين لا يؤثران في الاختيار.

وقسم المالكية: الإكراه إلى إكراه شرعي ـ أي مشروع ـ وإكراه غير شرعي ـ أي غير مشروع ـ فالأول هو الإكراه على الفعل الذي تعلق به حق لمخلوق[3]، مثل أن يحلف بالطلاق أن لا تخرج زوجته من البيت فأخرجها القاضي وقع طلاقه خلافاً للمغيرة، وكجبر القاضي المدين على بيع ماله لقضاء دينه[4]. وحكم هذا النوع أنَّه بمثابة الطوع في المذهب المالكي خلافاً للمغيرة[5].

وأمَّا الثاني ـ أي الإكراه غير الشرعي ـ فهو ما كان إكراهاً على فعل لا يتعلق به حق لمخلوق. وهذا النوع يؤثر في الرضا، ويجعل العقود باطلة أو موقوفة ـ على تفصيل فيه ـ.

وقد شارك في هذا التقسيم الشافعية والحنابلة وإن عبروا عنه بتعبير آخر لكن المآل واحد حيث قسموا الإكراه إلى إكراه بحق، وإكراه بغير حق[6]، ومثلوا للأول بإكراه الحاكم المدين لبيع ماله وفاء لديونه، وإكراهه المُولي على الطلاق بعد التربص

---

(١) المبسوط (٢٤/١٤٤).

(٢) فتح الغفار بشرح المنار (٣/١١٩).

(٣) هذا التعريف ذكره العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (٢/٣٦٧)، والذي يظهر لي أنَّه تعريف غير جامع، لأنَّ الإكراه على تنفيذ حقوق الله تعالى أيضاً إكراه شرعي، فكان الأولى حذف لفظ: «مخلوق».

(٤) شرح ابن ميارة الفاسي (٢/١٢).

(٥) المصدر السابق (٢/١٢).

(٦) المهذب (٢/٧٨)؛ والروضة (٨/٥٦)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٥٨)؛ وأعلام الموقعين (٤/٨٣).

إذا لم يرجع إلى زوجته. وهذا كالطوع لا يترتب عليه الأثر الشرعي[1].

وبالإضافة إلى هذا التقسيم فإنَّ الشافعية والحنابلة قد قسموا الإكراه إلى نوعين إكراه ملجىء، وإكراه غير ملجىء ومثلوا للأول بإلقاء الشخص آخر من شاهق على واحدٌ فيقتله، وللثاني بأن يقول: إن لم تفعل كذا قتلتك[2]، ولا يخفى أنَّ المراد بالإلجاء عندهم غير الإلجاء عند الحنفية ـ كما سبق تفصيله، وقد ذكرنا أنَّ الإلجاء غير داخل في مفهوم الإكراه.

وقسم الظاهرية الإكراه إلى إكراه على الكلام، وإكراه على الفعل، فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء عندهم مطلقاً وإن قاله المكرَه كالكفر، والقذف والإقرار والنكاح والرجعة والطلاق، والبيع والهبة، ونحو ذلك[3]. قال ابن حزم «لأنَّه ـ أي المكره ـ في قوله: ما أكره عليه إنما هو حاك للفظ الذي أمر أن يقوله، ولا شيء على الحاكي بلا خلاف ومن فرق بين الأمرين فقد تناقض قوله، وقد قال رسول الله ﷺ: «إنَّما الأعمال بالنيات، وإنَّما لكل امرىء ما نوى»، فصح أنَّ كل من أكره على قول ولم ينوه مختاراً له، فإنه لا يلزمه، ثمَّ قسم ابن حزم الإكراه على الفعل إلى قسمين:

أحدهما: ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب فهذا يبيحه الإكراه، لأنَّ الإكراه ضرورة فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه.

والثاني: ما لا تبيحه الضرورة كالقتل، والجراح، والضرب، وإفشاء المال فهذا لا يبيحه الإكراه، فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنَّه أتى بما هو محرم عليه[4].

مناقشة هذه التقسيمات، والوصول إلى تقسيم مختار:

أولاً إنَّ تقسيم الحنفية الإكراه إلى ملجىء وغيره وإن كان ذا جدوى في بعض التصرفات لكنه ليس بذي نفع كثير بالنسبة للعقود[5] ـ التي يدور عليها بحثنا ـ كما أنَّه يوهم

(١) وقد استدل البخاري في صحيحه مع الفتح (٢/٣١٧)، على صحة بيع المكره بحق ونحوه بالحديث الصحيح الذي رواه بخصوص أمر النبي ﷺ يهود بني نضير ببيع أموالهم، وإجلائهم من المدينة.

(٢) المحصول للرازي (١/٤٤٩)؛ والتمهيد ص (١٢٠)؛ والأحكام للآمدي (١/١٥٤)؛ وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٩).

(٣) المحلى (٩/٢٥٩ ـ ٢٥٩).

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) وهذا ما صرح به الكاساني في بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٩)، حيث قال: «ويستوي في باب البيع والشراء الإكراه التام والناقص، لأنَّ كل ذلك يفوت الرضا»؛ ويقول الأستاذ الدكتور محمد سلام =

باديء الأمر أنَّ المراد بالإلجاء هو ما اصطلح عليه أكثر الأصوليين ـ أي ـ الإلجاء الذي يكون كالإلقاء من شاهق ـ وأما تقسيم المالكية والشافعية، والحنابلة الإكراه إلى إكراه بحق وإكراه بغير حق، فلا يفيد إلَّا بيان الإكراه الذي يترتب عليه الأثر، لأنَّ الإكراه بحق لا يترتب عليه أي أثر شرعي بل هو كالطوع ـ كما صرحوا به ـ حتى نكاد نختار القول بأنَّه لا يسمى إكراهاً في الاصطلاح، وحينئذٍ نزيد في تعريفنا للإكراه لفظ «ظلماً» ويكون التعريف «الإكراه: تهديد القادر ظلماً. . .» فيخرج به الإكراه بحق، لأنَّ الأدلة الشرعية مثل: ﴿إلَّا من أكره. . .﴾[1] وقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ. . . وما استكرهوا عليه» ونحوهما. . . كلها في الإكراه بغير حق. ولذلك فالأولى زيادة «ظلماً» أو حتى لو لم نزدها فإنَّ ذلك من باب ملاحظة معناه اللغوي ثمَّ نصل من خلال التقسيم والأحكام إلى أنَّ الذي يترتب عليه الأثر هو الإكراه بغير حق.

وأمَّا تقسيم الظاهرية للإكراه فهو في الحقيقة ليس تقسيماً له بل هو تقسيم للمكره عليه. لذلك فالتقسيم المختار في تقديري هو تقسيمه إلى إكراه تام وإكراه ناقص[3] وكل منهما إما مباشـر، أو غير مباشر عليه لكنه يؤثر فيه ويحدث له ألماً أو غماً[4]

= مذكور في المدخل ص (٦٣٨)، والوجيز ص (٢٣٢): «التفرقة بين الإكراه الملجيء وغيره في الواقع لم أجد لها أثراً فعلياً في العقود، وإنما هي تفرقة نظرية محضة بالنسبة لها، لأنَّ الفقهاء لم يفرقوا بين حالات الإكراه عند كلامهم على عقد المكره، وإن كان لهذه التفرقة أثر في التصرفات الفعلية. . . كالإكراه على القتل ونحوه. . .».

(١) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) التمام والنقصان هنا لا يتجهان نحو الماهية، وإنَّما يتجهان إلى أمر خارج عنها ـ أي القوة والضعف. فماهية الإكراه متحققة حينما نصفه بالنقصان، وإلَّا فأي نقص في الماهية يخرج الشيء عنها، كما يوصف الإنسان بأنه تام، أو ناقص ولا يعني ذلك أنَّ ماهيته ناقصة، لأنَّ ماهيته ـ وهي الحيوان الناطق ـ متحققة منه، وإنما المراد أنَّه إنسان ناقص من حيث الأعضاء الحسية، أو القوى العقلية، فكذلك الأمر بالنسبة للإكراه الذي نصفه بالناقص.

(٤) تقسيم الإكراه إلى تام وناقص موجود في المذهب الحنفي ـ كما سبق. وأما تقسيم كل منهما إلى مباشر وغير مباشر فلم أعثر عليه وإن كانت الكتب الفقهية تزخر بتطبيقاتهما غير أنَّ بعض المعاصرين كأستاذنا الشيخ أبي زهرة في الجريمة ص (٥٣٢) سمي الإكراه ـ الذي سميته أنا بالإكراه المباشر ـ بالإكراه المادي، والإكراه غير المباشر بالإكراه الأدبي، وبرر موقفه بأنَّ الشريعة وإن لم تنص عليه صراحة لكنها لم تهمله فالتهديد بحبس الأب ـ مثلاً ـ وإن لم يؤد إلى إحداث ألم فعلي على المكره، وأنَّ هذا الأذى لا ينال جسمه، لكنه ينال نفسه، إذن فهو وإن كان مادياً بالنسبة للأب لكنه أدبي بالنسبة للمكره.

ويمكن أن نلاحظ عليه ـ رحمه الله ـ بأنَّ حصر الإكراه المادي فيما لو كان الإكراه واقعاً على =

ومعيارنا في التمام هو ما كان الإكراه بقتل، أو إتلاف عضو أو إتلاف جميع المال، أو سجن مؤبد، أو ضرب مفض إلى إتلاف نفس أو عضو، أو إتلاف منفعة عضو، كإعماء، أو شلل وبعبارة أخرى أن يكون الضرر جسيماً ومحدثاً لخوف ورهبة بحيث يؤدي إلى إعدام رضاه وإفساد اختياره بشكل يكون تبعاً للمكره ـ بكسر الراء ـ وما عدا ذلك يكون إكراهاً ناقصاً، وبعبارة أخرى إن بلغ خوف المكره ـ بالفتح ـ ذروته من جسامة الضرر فهو إكراه تام، وإلاَّ فناقص، ولا ينظر في ذلك إلى كون المهدد به مادياً أو غير ذلك فقد يحدث التهديد بإفشاء سر خوفاً أكثر من القتل، ولذلك قال ابن فرحون «المعرة إكراه»[1]، وأما معيارنا في كون الإكراه مباشراً أو غير مباشر هو أنَّه إذا كان الضرر يصيب المكره ـ بالفتح ـ مباشرة بأن يقول: إن لم تفعل كذلك قتلتك أو أتلفت مالك، أو ضربتك، أو سجنتك يوماً فهو إكراه مباشر، وإن لم يكن الضرر يقع عليه بل يقع على من يؤثِّر ضرره على المكره ـ بالفتح ـ مثل أن يقول: إن لم تفعل كذا لأقتلن والدك، أو ولدك أو أخاك أو نحو ذلك، أو لأضربنه يكون الإكراه غير مباشر وقد ذكر فقهاؤنا الكرام أنَّ التهديد بقتل الوالد، أو الولد إكراه، وكذلك بحبسهما[2]، واختلفوا في الأجنبي فذهب الظاهرية[3] والإمام البخاري[4] وبعض المالكية[5] ومن تبعهم إلى أنَّ التهديد بقتل أو إيذاء أخيه[6] في الإسلام إكراه، واستدلوا بأنَّ المسلم أخو المسلم

= المكرَه، وحصر الإكراه الأدبي فيما لو كان واقعاً على قريب المكره غير مسلم، لأنَّ الإكراه الأدبي يتصور فيما لو كان الإكراه واقعاً على المكره نفسه وذلك بأن يكون الإكراه بإنشاء سر أو نحو ذلك مما يحدث غماً لا ألماً، ومن جهة أخرى أنَّ هذا المصطلح ـ على الرغم من أنَّه مترجم للمصطلح الأجنبي في هذا الخصوص ـ لا يفي بالمقصود، ولا يسعف معناه اللغوي بالمطلوب، فالواجب الأدبي هو ما لم يفرض إلاَّ رعاية للخلق والآداب في حين أنَّ عدم إيذاء الوالد مثلاً واجب فرضه الشارع، ثمَّ إنَّ مقابلة «الأدبي» للمادي غير دقيق في تقديري لأنَّ الأدبي قد يكون مادياً وبالعكس، لأنَّ المعيار في الإكراه هو إحداث الخوف والرهبة، فقد يحدث التهديد بقتل والده خوفاً أكثر من التهديد بضرب المكره نفسه، بل وقتله.

راجع في تطبيقات الإكراه غير المباشر: المبسوط (١٤٤/٢٤)؛ وكشف الأشرار (٣٨٣/٤).

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة (٧٦/٢)؛ والمعره الفضيحة.

(٢) المبسوط (١٤٤/٢٤)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٦٨/٢؛ والروضة (٦٠/٨).

(٣) المحلى (٢٥٩/٩).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح (٣٢٣/١٢).

(٥) وهذا ما عليه أشهب من أصحاب مالك وصححه ابن بشير. انظر البهجة في شرح التحفة (٧٦/٢).

(٦) إطلاق الأخ في الإسلام يشمل الذكر والأنثى من باب التغليب.

فلا يجوز أن يكون سبباً لإيذائه بل يجب عليه رفع الأذى عنه قال ابن حزم: «والإكراه هو كل ما سمي في اللغة إكراهاً وعرف بالحس أنَّه إكراه كالوعيد بالقتل، والوعيد بالضرب، أو بالسجن، أو بإفساد المال، أو الوعيد في مسلم غيره بقتل أو ضرب، أو سجن، أو إفساد مال لقول رسول الله ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه»(١). وأيضاً إن قتل الأجنبي أشد على المؤمن من صفع قفاه وإتلاف ماله(٢). وقال البخاري: «فرقوا بين كل ذي رحم محرم وغيره بغير كتاب ولا سنة» ثمَّ ذكر أحاديث صحيحة تدل على عدم التفرقة(٣). غير أنّه لا بدَّ من الإكراه المباشر وغير المباشر مراعاة إحداث الخوف في نفس المكره بحيث يختل رضاه واختياره، فإذا لم يتحقق هذا العنصر مثل أن يكون الولد عاقاً(٤) لم يتحقق الإكراه وأن يكون إقدامه على الفعل المكره عليه لداعية الإكراه بحيث لو لم يكن ذلك لما أكره عليه. ـ كما سبق ـ فعلى قاضي الموضوع ملاحظة الظروف والملابسات التي تحيط بالقضية ومدى تأثير تهديده في نفس المكره، مع رعاية جسامة الشيء المهدد به مع الفعل المكره عليه، كما أنَّه لا ينظر بعد ذلك إلى كون الإكراه صادراً من أحد العاقدين أو من غيرهما سواء كان علم به المتعاقد الآخر أم لا(٥).

فعلى ضوء ذلك أنَّ أقسام الإكراه أربعة:

١ ـ الإكراه التام المباشر وهو ما كان التهديد بإتلاف نفس المكره أو عضوه أو جميع

---

(١) المحلى (٩/٢٥٩)، والحديث صحيح رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الإكراه (١٢/٣٢٣).

(٢) شرح البهجة على تحفة الحكام (٢/٧٦).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (١٢/٣٢٣).

(٤) ولذلك اشترط بعض الفقهاء أن لا يكون الولد عاقاً.
انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٦٨).

(٥) اختلف الفقهاء في ذلك فاشترط بعضهم علم المتعاقد الآخر بالإكراه في حالة كون المكره ـ بالكسر ـ غيرهما، بأن قال: إن لم تبع منزلك أقتلك. فباعه لزيد فيكون العقد صحيحاً عند هذا البعض إن لم يكن زيد عالماً بالإكراه ولا متواطئاً معه. لكن الراجح هو عدم اشتراط ذلك، لأنَّ الغرض من الإكراه هو إحداث الخوف في نفس المكره فيختل رضاه أو ينعدم، إذن فلا ينظر إلى علم الطرف الآخر أو عدم علمه، ولا نظن أنَّ استقرار التعامل يتهدد بذلك، ولا سيما فإنَّ رعاية إرادة الطرفين واجب مقدس. انظر في تفصيل ذلك: فتاوى قاضي خان المطبوعة بهامش الفتاوي الهندية (٣/٤٨٥ ـ ٤٨٦)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦)؛ وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٨)؛ وفتح العلي المالك (٢/٩٣)؛ والفواكه الدواني (٢/١١٠)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٦)؛ والبهجة بشرح التحفة (٢/٧٦)؛ وشرح ابن مباره (٢/١٢ ـ ١٣)؛ وكشف القناع (٣/١٥٠).

ماله أو سجنه مؤبداً أو ضربه ضرباً يفضي إلى إتلاف منفعة عضو، أو إفشاء سر خطير.

٢ ـ الإكراه التام غير المباشر وهو ما كان التهديد بإتلاف نفس من يؤثر أذاه على المكره ـ بالفتح ـ أو عضوه، أو إتلاف جميع جميع ماله، أو سجنه مؤبداً. وسواء كان والده أم ولده، أم أخاه في النسب أو الإسلام قال تعالى: ﴿إنَّما المؤمنون أخوة﴾[١]، وقال عليه السلام: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»[٢] ولأنَّ المعيار في الإكراه هو إحداث الخوف وذلك يتحقق في قلب المؤمن حينما يرى، أو يعلم إيقاع الضرر على أخيه المسلم.

٣ ـ الإكراه الناقص المباشر هو ما كان التهديد بضرب المكره ضرباً لا يفضي إلى الموت أو إتلاف عضو أو منفعته أو بحبسه أو بإتلاف بعض ماله، أو نحو ذلك.

٤ ـ الإكراه الناقص غير المباشر وهو ما كان التهديد بضرب من يؤثر أذاه في المكره ـ بالفتح ـ أو حبسه أو نحو ذلك.

أثر الإكراه في الرضا ـ وتطبيقاته في العقود مع المناقشة والترجيح:

وحتى نكون محددين في بيان هذا الأثر لا بدَّ من العود إلى الوراء قليلاً فقد ذكرنا أنَّ الرضا عند الحنفية هو منتهى الاختيار وأنَّ بينهما فرقاً، وأمَّا الجمهور فلم يفرقوا بينهما وقد ذكرنا آنفاً أنَّ الحنفية يقولون بأنَّ الإكراه الملجىء بعدم الرضا، ويفسد الاختيار، والإكراه غير الملجىء أو الناقص لا يؤثر في الاختيار مطلقاً وإنَّما يؤثر قسم منه في الرضا بالإعدام، ونوعه الآخر فيه بالإفساد ـ كما سبق.

وأما على مذهب الجمهور الذين لم يفرقوا بين الرضا والاختيار فالإكراه يؤثر فيهما مطلقاً ـ كما سبق، ونحن نذكر هنا أثر كل قسم من أقسامه الأربعة مع آراء الفقهاء فيه فالإكراه المباشر يؤثر في الرضا بالإعدام إن كان تاماً، وبالإفساد والخلل إن كان ناقصاً.

وأمَّا الإكراه غير المباشر فقد اختلفوا في تحديد نطاقه وبالتالي أثره على ثلاثة مذاهب موزعة بين مانع، وموسع ومضيق فالأول مذهب المانعين الذين منعوا تحقق الإكراه إذا كان التهديد بإيقاع ضرر على غير المكره مطلقاً سواء كان أصله أو فرعه أو غيرهما

(١) سورة الحجرات: الآية ١٠.

(٢) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (١/٥٦ ـ ٥٧).

وهذا مذهب جماعة منهم البزدوي[1]، ورأى مرجوح لبعض الشافعية[2].

الثاني مذهب المضيقين الذين حصروا الغير بالأصل والفرع، أي لا بد أن يكون التهديد بالأذى على الأب والأم وإن علا، أو على الإبن والبنت. وهـذا مذهب الجمهور[3]، منهم السرخسي من الحنفية[4] ومذهب المالكية[5]، والرأي الراجح عند الشافعية[6]، والحنابلة[7]، والإمامية[8]، والزيدية[9]، وألحق جماعة منهم بالأصل والفرع كل ذي رحم محرم[10] وأخرون: الزوج والزوجة بهما[11].

الثالث: مذهب الموسعين الذين جعلوا التهديد بإيقاع الأذى على أي مسلم أو مسلمة إكراهاً، ومن هذا الرأي الإمام البخاري[12]،والظاهرية[13]. وقد اختار هذا الرأي ابن فرحون من المالكية لكنه قيده بكون التهديد بقتل، أو قطع عضو، أو ضرب مهلك[14].

والذي يظهر لنا رجحانه هو هذا المذهب الأخير لكن بشرط أن يحدث التهديد بإيقاع الأذى على الغير خوفاً ورهبة في نفس المكرَه فيختل رضاه بحيث يصبح تابعاً لداعيه الإكراه لا لداعية نفسه وبالشروط السابقة وذلك للأدلة السابقة، ولأنَّ دفع الضرر على أخيه المؤمن واجب بقدر الإمكان، بل إنَّ الإسلام يغرس دائماً في نفوس أبنائه روح المحبة وإيثار الغير على نفسه، فلا يقبل أذاه مهما كان، وبذلك يختل رضاه. فلو قال إن لم تبع لي مالك أقتل زيداً ووقع في قلب المكره ـ بالفتح ـ خوف من تنفيذ ما هدده به فباع لم يصح بيعه، فالمعيار في ذلك إحداث الخوف والألم في نفسه سواء كان التهديد بإيقاع الأذى على نفسه أو على غيره، وقد أشار فقهاؤنا العظام

(١) كشف الأسرار (٤/٣٨٣)؛ وتكملة فتح القدير مع شرح للهداية (٧/٣/٢).
(٢) الروضة للنووي (٨/٦٠).
(٣) انظر: فتح الباري (١٢/٣٢٤).
(٤) المبسوط (٢٤/١٤٣).
(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٦٨)؛ وشرح ابن مياره على التحفة (٢/١٣).
(٦) الروضة (٨/٦٠)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٢٩).
(٧) الإنصاف المرداوي (٨/٤٤١).
(٨) مسالك الإفهام للشهيد الثاني (٢/٣)؛ وشرائع الإسلام للحلي (٣/١٣).
(٩) البحر الزخار (٣/١٦٧).
(١٠) المبسوط (٢٤/١٤٣).
(١١) الإنصاف المردواي (٨/٤٤١)؛ ومسالك الإفهام للشهيد الثاني (٢/٣).
(١٢) صحيح البخاري مع الفتح (١٢/٣٢٣).
(١٣) المحلي لاين حزم (٩/٤٥٩).
(١٤) البهجة في شرح التحفة، ط. مصطفى الحلبي ١٩٧١ (٢/٧٦).

إلى أهمية هذا العنصر فقال الشافعي في تعريف الإكراه: «ويكون المكره يخاف خوفاً عليه»(١) فأكد تحقيق عنصر الخوف، ويقول القرطبي: «أجمع أهل العلم على أنَّ من أكره على الكفر حتى خشي على نفسه القتل أنَّه لا إثم عليه»(٢). ولا نرى أنَّ القول بهذا التوسع والتعميم يحدث بلبلة في التعامل، وقلقلة في استقراره، لأنَّ عبء الإثبات يقع على عاتق من ادَّعى ذلك، ثمَّ إنَّ مبنى العقود على الرضا والقصود فإذا لم يتحقق هذا الأصل فلا يليق القول بصحتها مهما كانت النتائج.

وأما تطبيقات أثر الإكراه على العقود(٣)، فأرى أن نذكر رأي كل مدرسة ثمَّ الخلاصة فأدلة كل فريق ثمَّ الترجيح.

يرى الحنفية أنَّ الإكراه على التصرفات الشرعية غير الإنشائية، يجعلها باطلة سواء كان إكراهاً ملجئاً أو غير ملجىء مثل الإكراه على الإقرار(٤).

وأمَّا التصرفات الإنشائية فنوعان: نوع لا يحتمل الفسخ في نظرهم(٥) ونوع آخر يحتمله، فالذي لا يحتمل الفسخ كالطلاق، والعتاق، والرجعة، والنكاح، واليمين، والنذر، والظهار، والإيلاء، والفيىء في الإيلاء، والتدبير، والعفو عن القصاص فهذه التصرفات جائزة مع الإكراه وليس له أثر عليها(٦).

وأمَّا التصرفات التي تحتمل الفسخ، كالبيع، والشراء، والهبة، والإجارة، ونحوها من التصرفات التي فيها معنى التمليك كالإبراء عن الحقوق(٧)، فالإكراه على

---

(١) الأم (٣/٢١٠).
(٢) تفسير القرطبي (١٠/١٨٢)؛ وأعلام الموقعين (٣/١٢٢).
(٣) للإكراه أثر على التصرفات القولية والفعلية ولا نريد التطرق في هذا المبحث إلاَّ إلى أثره في العقود التي هي مناط دائرة بحثنا.
ويراجع في تفصيل ذلك: كشف الأسرار (٤/٣٨٣)؛ والمبسوط للسرخسي (٢٤/٤٤)؛ وبدائع الصنائع، فقد فصل فيه الكاساني تفصيلاً رائعاً (٩/٤٤٨١ ـ ٤٤٩١)؛ وشرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٢٩٢ ـ ٣٠٨)؛ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/٤٢٨)؛ والفتاوى البزازيه بهامش الفتاوي الهندية (٦/١٢٧)؛ والفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية (٣/٤٨٣)؛ ومختصر الطحاوي ص (٤٠٥).
(٤) المبسوط (٢٤/٨٣)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٥١١)؛ ومجمع الأنهر (٢/٤٣٠).
(٥) أي في نظر الأحناف، وإلاَّ فإنَّ النكاح يحتمل الفسخ عند بقية المذاهب إذا وجدت عيوب في أحد العاقدين. كما سبق.
(٦) بدائع الصنائع (٩/٤٤٩٣)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٣/١٩٢).
(٧) قال الكاساني في تعليل ذلك: «لأنَّ الإبراء فيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط، ولا يصح في المجهول كالبيع». انظر: بدائع الصنائع (٩/٤٥١١).

هذه التصرفات يوجب فسادها عند أبي حنيفة وصاحبيه: أبي يوسف ومحمد.

وذهب زفر إلى أنَّه يوجب توقفها على الإجازة فبيع المكره كبيع الفضولي، فعلى هذا فالعقد منعقد صحيح لكنه موقوف، وعند الثلاثة منعقد لكنه فاسد غير أنَّ الفساد بسبب الإكراه يختلف عن الفساد بسبب غيره، فالعقد الفاسد عموماً يفيد الملك عند اتصال القبض، ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيما إذا كان القبض قد تمَّ بإذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضموناً عليه، وكذا إذا قبضه في مجلس العقد ـ أي بحضرته ـ بغير إذنه على الصحيح ولكن لكل واحد منهما فسخه رفعاً للفساد، ولو باعه المشتري بعد القبض لآخر نفذ بيعه وسقط حق الاسترداد، هذه الأحكام كلها في غير الفاسد بسبب الإكراه حيث ذكروا فيه تفصيلاً وهو أنَّه إذا تمَّ البيع والشراء بالإكراه فلا يخلو إما أن يكون المكره ـ بفتح الراء ـ هو البائع أو المشتري أو كليهما: فإن كان المكره هو البائع فلا يخلو من وجهين:

الوجه الأول: أن يكون مكرهاً على البيع فقط دون التسليم فباع مكرهاً وسلم طائعاً صح العقد وجاز[(١)] وفي تكييف صحة العقد إذا كان بيعـاً اختلفت الآراء داخل المذهب الحنفي فذهب رأي إلى أنَّ التسليم طائعاً يعتبر بيعاً بالتعاطي، وذلك لأنَّ البيع في الحقيقة اسم للمبادلة، فإذا سلم طائعاً فقد أتى بحقيقة البيع باختياره، فعلى هذا يكون ما تلفظ به من لفظ البيع بالإكراه لغواً لا اعتداد به فيكون التسليم منه طائعاً بيعاً مبتدءاً بطريق التعاطي لا إجازة[(٢)].

وذهب رأي آخر إلى تكييف صحة البيع حينئذٍ باعتبار آخر وهو أنَّ التسليم طائعاً يعتبر إجازة للبيع الذي تمَّ بإكراه، لأنَّه ليس من شروط صحة البيع صحة التسليم حتى يكون الإكراه على البيع إكراهاً على ما لا صحة له بدونه، إذ البيع يصح بدون التسليم فكان طائعاً في التسليم فصلح أن يكون دليلاً للإجازة بخلاف المكره على الهبة والصدقة إذا سلم طائعاً أنَّه لا يجوز، ولا يكون التسليم إجازة؛ لأنَّ القبض شرط لصحتهما، ألا ترى أنَّهما لا يصحان بدون القبض فكان الإكراه عليهما إكراهاً على القبض فلم يصبح التسليم دليلاً على الإجازة[(٣)].

الوجه الثاني: أن يكون مكرهاً على البيع والتسليم جميعاً فباع مكرهاً، وسلم مكرهاً كان البيع فاسداً ومع ذلك يثبت نوع ما من الملكية للمشتري يظهر أثرها حينما

(١) أما لو كان واهباً بالإكراه لكنه سلم طائعاً لم تصح الهبة وهنا تختلف عن البيع. انظر بدائع الصنائع (٤٥١١/٩).

(٢) بدائع الصنائع (٤٥٠٥/٩)؛ وفتاوى قاضي خان (٤٨٥/٣ ـ ٤٨٦).

(٣) يراجع: المصدران السابقان.

يعقب البيع تصرف غير قابل للفسخ كالإعتاق فمثلاً لو أكره على بيع عبده فباعه مكرهاً واستلمه المشتري، وأعتقه نفذ إعتاقه وعليه قيمة العبد[1]؛ لكن الذي يظهر من عباراتهم أنَّ تنفيذ عتقه هنا لا يعود إلى ثبوت الملكية بدليل أنَّه لا ينفذ تصرف آخر يعقب العقد المكره عليه، وبدليل أنَّ العبد المعتق عليه لا يقوم بالثمن الذي اتَّفق عليه، بل بقيمته، ولكن يعود إلى تشوف الشارع إلى الإعتاق، وحثه عليه، واعتبار الرق عارضاً ضعيفاً يزول بأدنى الأسباب وأضعفها.

ثمَّ البائع المكره بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ، وإن أجازه نفذ، وتكون الإجازة بالقول، وبقبض الثمن صريحاً، ويستمر هذا الحق حتى بعد القبض الذي لم يأذن فيه صراحة ما دام المشتري لم يتصرف فيه، فإن تصرف فيه ينظر إلى نوع التصرف الذي أنشأه، فإن كان تصرفاً غير قابل للفسخ مثل الإعتاق والتدبير والاستيلاء لم يبق للبائع حق الفسخ، وإنَّما له المطالبة بقيمته، وأما إذا كان تصرفاً قابلاً للفسخ كالبيع والإجارة، والكفالة ونحوها فيبقى له هذا الحق فلا تؤثر هذه التصرفات في حق المكره في الفسخ حتى لو باعه المشتري لآخر، وهو لثالث وتداولته الأيدي، فللمكره أن يفسخ العقود كلها وإذا أجاز واحداً من هذه العقود المتداولة صحت جميعها، ومن هنا يختلف عقد المكره ـ وهو فاسد ـ عن بقية العقود الفاسدة بأسباب أخرى غير الإكراه حيث تكون سبباً للتملك بعد القبض، والسبب في هذه التفرقة أنَّ حق الفسخ في بيع المكره يعود إلى عدم رضاه وهو حق العبد فلا يسقط إلَّا برضاه، وأمَّا العقود الفاسدة بأسباب غير الإكراه فالسبب فيها يعود إلى حق الله تعالى فحينما يتصل المبيع بالقبض ثمَّ يتصرف فيه تصرفاً آخر فقد تعلق به حق العبد، فيقدم حقه على حق الله تعالى، لأنَّ الله تعالى غني عنها[2].

وأمَّا المشتري في الحالة السابقة فله حق الفسخ قبل القبض، وأما بعد القبض فلا يبقى له، لأنَّه طائع في الشراء فكان لازماً من جانبه.

هذا إذا كان المكره هو البائع، أما إذا كان هو المشتري فقط فله حق الفسخ بعد القبض على التفصيل السابق، وكذلك يكون للبائع حينئذٍ حق الفسخ قبل القبض، وأما بعده فلا. وأما إذا كان البائع والمشتري مكرهين جميعاً على البيع والشراء فلكل واحد منهما خيار الفسخ، والإجازة، لأنَّ البيع الفاسد في حقهما، والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم قابل للفسخ والإجازة، فإن أجازه كلاهما جاز، وإلَّا فإن أجازه أحدهما دون

---

(١) يراجع بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٥).
(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٤ ـ ٤٥٠٦).

الآخر جاز في جانبه ويبقى الخيار للآخر[1].

هذا إذا ورد الإكراه على البيع والشراء والتسليم، فأما إذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع فضاع المبيع فمالكه بالخيار إن شاء ضمن المكرِه إن كان الإكراه تاماً، لأنَّ الإكراه الناقص لا يوجب نسبة الإتلاف إليه، وإن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن المشتري، فإن ضمن الوكيل رجع هو على المشتري، وإن ضمن المشتري لا يرجع إلى أحد، وقد عللوا سبب إعطاء الحق له في تضمين المكرِه بأنَّ الإكراه على التوكيل بالبيع إكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل، لأنَّ التوكيل بالبيع تسبب في إزالة اليد، وهذا إتلاف معنى فكان التلف بهذه الواسطة مضافاً إلى المكرِه فكان له ولاية تضمين المكرِه. وأما تضمين الوكيل فلأنَّه قبض ماله بغير رضاه، وكذلك المشتري، وقبض مال الإنسان بغير رضاه سبب لوجود الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء.

والتضمين يكون بالقيمة وليس بالثمن الذي قدر، وذلك لأنَّ البيع لم يعتبر صحيحاً حتى يعتبر فيه الثمن، فتكون القيمة بدل المبيع، حتى إن كان البائع المكرِه قد قبض الثمن من المشتري يسترده منه ويأخذ القيمة[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يستوي في العقود المالية الإكراه التام والإكراه الناقص قال الكاساني: «ويستوي في باب البيع والشراء الإكراه التام والناقص، لأنَّ كل ذلك يُفَوِّت الرضا...»[3]. وذهب الشافعية[4] والحنابلة[5] ـ عدا صاحب الفائق ـ[6]، والظاهرية[7] والأمامية[8] وابن رشد وابن العربي وابن جزي من المالكية[9] إلى أنَّ

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٥١٠).

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٩).

(٤) المهذب للشيرازي، مع المجموع للنووي (٩/١٥٩)؛ ونهاية المحتاج (٣/٣٧٥).

(٥) الإنصاف (٤/٢٦٥)؛ وحاشية الروض المربع (٤/٣٣٢).

(٦) نقل المرداوي في الإنصاف (٤/٢٦٥)، عن صاحب الفائق قوله: «قلت: ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه».

(٧) المحلى لابن حزم (٩/٢٥٨).

(٨) مسالك الإفهام للشهيد الثاني (٢/١٣).

(٩) شرح ابن ميارة على التحفة (٢/١٢)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١/٤١١)؛ والقوانين الفقهية ص (٢١٢)؛ حيث قال: «إنَّ بيع المكره وشراءه باطلان».

جميع التصرفات القولية التي تتم بالإكراه بغير حق باطلة لا أثر لها سواء كانت من التصرفات القابلة للفسخ كالبيع، والإجارة ونحوهما، أو من غير القابلة لها كالطلاق ونحوه.

وذهب المالكية[(١)] ورأى للأمامية[(٢)] إلى أن بيع المكره يصح لكنه غير لازم، فالمكره إن شاء فسخه، وإن شاء أمضاه، قال الدسوقي: «وأما الإكراه على البيع فهو غير لازم» [(٣)]، ثمَّ إن فات المتاع رجع بثمنه، أو بقيمته، أي يختار المكره الأكثر من الثمن أو القيمة، ويرجع على المكره الظالم فقط إذا كان المشتري غير عالم بظلمه، وإلَّا فله الحق في الرجوع إليه أيضاً[(٤)].

وأما طلاق المكره ونكاحه وخلعه ونحو ذلك فمذهب المالكية كمذهب الجمهور في بطلانها بالإكراه قال سحنون: «أجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره، والمكر وقالوا: لا يجوز المقام معه، لأنَّه لم ينعقد»[(٥)]. وكذلك الأمر عندهم في الطلاق[(٦)]، وهو مذهب بالإباضة[(٧)].

الخلاصة مع الأدلة والمناقشة والترجيح:

يتبين مما سبق أنَّ التصرفات القولية إما قابلة للفسخ كالبيع والشراء ونحوهما مما سبق، أو غير قابلة كالنكاح، والطلاق ونحوهما.

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦)؛ وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/١٣)؛ ومختصر الخليل مع شرح الخرشي (٥/٩)؛ ومواهب الجليل للحطاب (٤/٢٤٩)؛ وبداية المجتهد (٢/٨١ ـ ٨٢).

(٢) اللمعة الدمشقية للشهيد الأول (٣/٢٢٦).

(٣) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/٦)؛ والمصادر السابقة. غير أنَّ القرطبي في تفسيره (١٠/١٨٤) نقل عن سحنون قوله: «أجمع أصحابنا وأهل العراق على أنَّ بيع المكره على الظلم لا يجوز».

(٤) شرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٨)؛ والفواكه الدواني (٢/١١٠)؛ وشرح ابن ميارة على التحفة (٢/١٢)؛ وفتح العلي المالك (٢/٩٣)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٦).

(٥) تفسير القرطبي (١٠/١٨٤).

(٦) تفسير القرطبي (١٠/١٨٤ ـ ١٨٥).

(٧) كتاب النيل ص (٣٦١ ـ ٣٦٣).

ففي أثر الإكراه على التصرفات غير القابلة للفسخ رأيان[1]:

رأي الحنفية القائلين بصحة هذه التصرفات، وأنَّ الإكراه لا أثر له فيها[2]. وهذا ما عليه بخصوص الطلاق الثوري، والنخعي، والزهري، وابن المسيب، وأبو قلابة فقالوا بوقوع طلاق المكره[3].

ورأى الجمهور ـ أي المالكية، والشافعية والحنابلة والظاهرية والأمامية والأباضية[4] ـ هو بطلان هذه التصرفات السابقة إذا تمَّت بإكراه وهذا ما عليه جابر بن زيد وعطاء وطاوس وشريح وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وأبو سليمان وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن الزبير وابن عمر، وهو مذهب الأوزاعي وإسحاق وأبي ثور والشعبي والحسن[5].

استدل الحنفية بالكتاب، والسنة، والقياس:

أمَّا الكتاب فيتمثل في عموم الآيات التي تقضي بنفاذ هذه التصرفات من غير تخصيص ولا تقييد فمثلاً استدلوا لوقوع طلاق المكره بعموم قوله تعالى: ﴿فطلقوهنَّ لعدَّتهنَّ﴾[6]. وقوله تعالى: ﴿فإنْ طلقها فلا تحلُّ له مِنْ بعد...﴾[7] مما يفيد وقوع الطلاق إذا صدر اللفظ من عاقل مميز ولو كان بإكراه[8] قال السرخسي: «وحجتنا في ذلك أنَّه تصرف من أهله في محله فلا يلغي كما لو كان طائعاً»[9] ثمَّ بيَّن ذلك بأنَّ الطلاق

---

(١) وهناك رأي ثالث للشعبي، وهو أنَّه إذا أكرهه السلطان على الطلاق، والعتاق جاز، وإذا أكرهه اللصوص لم يجز. وهذا في رأيي يعود إلى الإكراه بحق، والإكراه بغير حق، انظر إعلام الموقعين (٤/٥٣).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٤٩٣).

(٣) تفسير القرطبي (١٠/١٨٤ ـ ١٨٥)؛ ونصب الراية (٣/٢٢٢ ـ ٢٢٣)؛ وصحيح البخاري مع الفتح (٩/٣٩٠، ١٢/٣١١).

(٤) مصادرهم السابقة، وصحيح البخاري مع الفتح (٩/٣٩٠، ١٢/٣١١).

(٥) تفسير القرطبي (١٠/١٨٤ ـ ١٨٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٣)؛ وأحكام القرآن للجصاص ص (٣/١٩٢)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٧/٣٥٦ ـ ٣٥٩).

(٦) سورة الطلاق: الآية ١.

(٧) سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

(٨) المبسوط (٢٤/٦٤)؛ وأحكام القرآن للجصاص (٣/١٩٢)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٩٣).

(٩) المبسوط (٢٤/٥٦ ـ ٥٩).

والنكاح ونحوهما كلام، والأصل للكلام كون صاحبه مميزاً مخاطباً، والإكراه لا يعدم ذلك الأصل، ثمَّ إنَّ الشرع تيسيراً على الناس وضع السبب الظاهر وهو اللفظ مكان السبب الحقيقي، والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفي دار الحكم معه وجوداً وعدماً ولا سيما إذا تحقق المحل وهو متحقق مع الإكراه لأنَّه ملكه، إذن صادف تصرفه محله، فحينئذٍ لا يبقى للإكراه تأثير في الرضا وهو غير معتبر في مثل هذه التصرفات السابقة، ولا ينعدم به أصل القصد والاختيار لأنَّ المكره عرف الشرين فاختار أهونهما(١).

وأمَّا السنة فقد وردت في ذلك أحاديث وآثار منها.

أ ـ ما روي أنَّ رجلًا جعلت امرأته سكيناً على حلقه وقالت: طلقني ثلاثاً، أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى فأبت فطلقها ثلاثاً، ثمَّ أتى النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال: «لا قيلولة في الطلاق»(٢)، أي لا رجوع عن الطلاق إذا صدر.

ب ـ وما روي أنَّ رسول الله ﷺ قال: «كل الطلاق جائز إلَّا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله»(٣).

جـ ـ ما روي عن عمر(٤) وعلي أنَّهما أجازا طلاق المكره، وكذلك روى عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن ابن عمر أنَّه أجاز طلاق المكره. كما روى ذلك عن الشعبي، والنخعي، والزهري، وقتادة، وأبي قلابة وابن جبير، وابن المسيب(٥) فهؤلاء

(١) المبسوط (٢٤/٠٠٠٥٧).

(٢) رواه العقيلي، كما أخرجه ابن حزم بسنده وقال: خبر فاسد. انظر المحلى (٩/٢٦٤)؛ وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٢٢)؛ وابن حجر في اللسان (٤/٤١٢).

(٣) رواه الترمذي في سننه كتاب الطلاق ـ مع شرحها: تحفة الأحوذي (٤/٣٧٠)، وقال ضعيف. وذكره البخاري تعليقاً موقوفاً على عليّ: انظر صحيح البخاري مع الفتح ـ (٩/٣٨٨)، قال الحافظ في الفتح (٩/٣٩٣)، وصله البغوي في الجعديات. وراجع المحلى لابن حزم (٩/٢٦٥).

(٤) روى البيهقي بسنده عن قدامة بن إبراهيم، أنَّ رجلًا تدلى يشتار عسلًا في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجاءته امرأته فوقفت على الحبل فحلفت لتقطعنه، أو لتطلقني ثلاثاً فذكرها الله والإسلام فأبت إلَّا ذلك فطلقها ثلاثاً، فرفع إلى عمر رضي الله عنه فأبانها منه. وقد روى البيهقي بهذا السند نفسه عن عمر في هذه القصة أنه قال: فليس هذا بطلاق ولذلك رجح البيهقي الرواية الأخيرة وقال: وهذه أشبه. بل قال ابن حزم أنَّ الرواية الأولى لم تصح عنه. انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٧/٣٥٧)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٣).

(٥) انظر هذه الآثار في تفسير القرطبي (١٠/١٨٤ ـ ١٨٥)؛ وصحيح البخاري مع الفتح =

الأعلام من الصحابة والتابعين أجازوا طلاق المكره.

د ـ ما رواه مسلم وأحمد بسندهما عن حذيفة قال: أقبلت أنا وأبي ونحن نريد رسول الله ﷺ وقد توجه إلى بدر، فأخذنا كفار قريش فقالوا: إنّكم لتريدون محمداً فقلنا: لا نريده، إنما نريد المدينة. قال: فأعطونا عهد الله وميثاقه لتنصرفن إلى المدينة، ولا تقاتلون معه فأعطيناهم عهد الله، فمررنا برسول الله ﷺ وهو يريد بدراً فأخبرناه الخبر. فقال: انصرفا. نفي بعهدهم ونستعين الله عليهم»[١]. قال الجصاص: «فأثبت النبي ﷺ أحلاف المشركين إياهم على وجه الإكراه وجعلها كيمين الطوع، فإذا ثبت ذلك في اليمين فالطلاق والعتاق، والنكاح مثلها، لأنَّ أحداً لم يفرق بينهما»[٢].

وأما القياس فقياس طلاق المكره ونكاحه ـ ونحوهما ـ على طلاق الهازل ونكاحه. وجه القياس أنَّ الهازل غير راضٍ بطلاقه ونكاحه ومع ذلك يصحان منه قال الكاساني: «والفائت بالإكراه ليس إلَّا الرضا طبعاً، وأنَّه ليس بشرط لوقوع الطلاق، فإنَّ طلاق الهازل واقع وليس براضٍ به طبعاً»[٣].

وأيضاً إنَّ نظرة الحنفية إلى الإكراه تنبع من أنَّه ليس له تأثير على الأقوال، لأنَّ أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يريده فكان كل متكلم في نظرهم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة، وأمَّا الأفعال فيؤثر فيها الإكراه وذلك لأنَّ الفعل يمكن أن يسند إلى المكره، وذلك بأن يكون آلة له في تنفيذ ما يريده[٤].

مناقشة هذه الأدلة:

ويمكن أن نناقش أدلة الحنفية بما يأتي:

أولاً: إنَّ الآيات والأحاديث الدالة على صحة هذه التصرفات ليس فيها ما يشير إلى تعميمها على جميع الحالات، بل هي قابلة لأن يدخل عليها تقييد، أو تخصيص بدليل أنَّ قوله تعالى: ﴿وأحلَّ اللَّهُ البيعَ﴾[٥] عام لصحة كل ما هو بيع مع أنَّه دخل

= (٩/٣٨٨ـ٣٩٢، ١٢/٣١١، ٣٢٣)؛ ونصب الراية (٣/٢٢٣)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٣).

(١) صحيح مسلم، كتاب الجهاد (٣/١٤١٤)، ومسند أحمد (٥/٣٩٥).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣/١٩٣).

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٩٤).

(٤) المبسوط (٢٤/٥٦ ـ ٥٧)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٩٤).

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

عليه تخصيص بأنَّه يكون فاسداً إذا كان قد تمَّ بإكراه حتى على رأي الحنفية، إذن فتلك العمومات مخصوصة بالأدلة الواردة في عدم صحة طلاق المكره ونكاحه وعتاقه ونحو ذلك.

ثانياً: إنَّ الأحاديث في ذلك إما ضعيفة أو لا تدل على المطلوب، فالحديث الأول ضعيف باتفاق المحدثين فلا ينهض حجة، حيث إنَّ في سنده الغازي بن جبلة وهو كما قال البخاري وأبو حاتم: منكر الحديث وقال البخاري أيضاً: «لصفوان الأصم عن بعض أصحاب النبي ﷺ في طلاق المكره: حديث منكر لا يتابع عليه[1]، وقال ابن حزم: وفي سند هذا الحديث إسماعيل بن عياش وبقية ضعيفان، والغازي بن جبلة مجهول، وصفوان ضعيف، ثمَّ هو مرسل»[2].

وأمَّا الحديث الثاني فضعيف أيضاً، حيث إنَّ في سنده عطاء بن عجلان وهو مذكور بالكذب وفيه محمد بن مروان وهو مجهول[3]، وقال ابن المديني: «شيخ ضعيف ليس بشيء»[4]، ووصمه ابن معين بالكذب[5]. قال الترمذي بعد أن روى هذا الحديث: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلَّا من حديث عطاء بن عجلان وهو ضعيف ذاهب الحديث»[6]. وقال الحافظ ابن حجر: «وهو ضعيف جداً»[7]. ثمَّ إنَّ هذا الخبر من رواية ابن عباس، وقد صح عنه أنَّه لا يقول بطلاق المكره[8] فكان على ضوء قاعدة الحنفية أنَّ العبرة بما رأى لا بما روى. كما أنَّ الحنفية قد خالفوا عموم هذا الحديث

---

(١) انظر اللسان (٤/٤١٢)؛ ونصب الراية (٣/٢٢٢).

(٢) المحلى لابن حزم (٩/٢٦٤) - ٢٦٥)؛ قال الشوكاني في نيل الأوطار (٨/٢٩): «وحمله بعضهم على من نوى الطلاق».

(٣) المحلى لابن حزم (٩/٢٦٥)؛ وراجع في: عطاء بن عجلان: الجرح لابن أبي حاتم (٣/١/٣٣٥)؛ والتأريخ الكبير (٣/٢/٤٧٦).

(٤) سؤالات ابن أبي شيبة لعلي بن المديني تحقيق موفق عبدالله، ط. مكتبة المعارف بالرياض ١٩٨٤ ص (١٥٤).

(٥) تأريخ يحيى بن معين (٣/٤٠٤)؛ والمجروحين (٢/١٢٩).

(٦) سنن الترمذي مع التحفة، كتاب الطلاق (٤/٣٧٠).

(٧) فتح الباري (٩/٣٩٢).

(٨) ذكر البخاري تعليقاً أنَّ ابن عباس قال: طلاق المستكره ليس بجائز. قال الحافظ ابن حجر: وصله ابن أبي شيبة وسعيد بن منصور. انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٩/٣٨٨، ٣٩١)؛ ورواه ابن حزم عنه أيضاً في المحلي (٩/٢٦٢).

حيث لم يقولوا بصحة طلاق النائم مع أنَّه غير معتوه ولا مغلوب على عقله، فإذا كان قد خص هذا بدليل، فإنَّ المكره كذلك.

وأما الحديث الثالث: فهو صحيح لكنه لا يدل على المطلوب فالحديث وارد في الوفاء بالعهود والمواثيق، ومدى التزام المؤمنين بها وعدم التفريط فيها، وقد أرشد النبي ﷺ إلى أهمية الوفاء بها، ثمَّ إنَّه ﷺ أمر الصحابيين باحترام عهدهما حفاظاً عليهما، لأنَّهما كانا يرجعان إلى مكة، ولذلك قال: «انصرفا نفي بعهدهم ونستعين الله عليهم» إذن فقياس الطلاق والنكاح على هذه الحادثة غير صحيح، كما أنَّه قياس مع الفارق فالميثاق الذي أعطياه لم يتعلق به حق شخص آخر، أو حل وحرمة لشيء، في حين أنَّ النكاح والطلاق يتعلق بهما حق شخص آخر، ويترتب عليه الحل أو الحرمة، والباطل ليس له أثر، والضرر يزال، لا أن يصحح.

وأما الآثار عن بعض الصحابة والتابعين فبعضها لم يصح عنهم قال ابن حزم: ولم يصح عن عمر وعلي أنَّهما أجازا طلاق المكره بل صح عنهما أنهما ردا طلاقه كما صح عن غيرهما مثل جابر بن زيد، وابن عمر أنَّهما لم يجيزا طلاقه[(١)]. وقال ابن قيم: «ولم يصح عن أحد من الصحابة تنفيذ طلاق المكره سوى هذا الأثر عن عمر»[(٢)]، وهو أيضاً غير صحيح، وعلى فرض صحة بعضها تدل على أنَّ القضية اجتهادية فلا يكون رأي بعضهم حجة على الآخرين إلَّا بدليل، وحتى لو وجد بعض روايات في الطلاق، فلم يثبت في نكاح المكره شيء من الأحاديث والآثار، بل قد صحت فيه أحاديث صحيحة في رد النكاح مع الإكراه كما يأتي. فعلى هذا أنَّ الأحاديث والآثار التي استدل بها الحنفية لم تنهض حجة على دعواهم، لأنَّها ـ كما يقول ابن حزم ـ إما رواية كذاب، أو مجهول، أو ضعيف، أو رواية مرسلة، أو لا تدل على الدعوى مع أنَّه ثبت بسند صحيح أنَّ ما استكره عليه معفو لا يترتب عليه أي أثر[(٣)].

وأما قياسهم الإكراه على الهزل فيناقش أولاً: بأنَّه قياس مع النص، لأنَّه قد ثبت أنَّ الإكراه مرفوع. وثانياً: أنَّه قياس مع الفارق، فإنَّ الهازل قد قصد اللفظ عن رضا واختيار، وإن لم يقصد إنشاء الأثر، وأما المكره فلم يقصد اللفظ إلَّا تحت ضغط وتهديد، فهو حاك لما يفرض عليه[(٤)]. ثمَّ إنَّ الطلاق والنكاح من العقود المقدسة في

(١) المحلى لابن حزم (٢٦٣/٩).

(٢) أعلام الموقعين (٥٢/٤).

(٣) المحلى لابن حزم (٢٦٦/٩).

(٤) قال القرطبي: «وهذا قياس باطل، فإنَّ الهازل قاصد إلى إيقاع الطلاق راض به، والمكره غير =

كل الأديان فلا ينبغي للعاقد أن يجعلهما مسرحاً للهزل والمزاح واللعب. ألا نرى أن الإكراه يؤثر في الكفر بالإجماع[1]، مع أنَّ الكفر يستوي فيه الجد والهزل، فلماذا لا يكون الطلاق مثله يستوي فيه الجد والهزل فليؤثر فيه الإكراه، وبعبارة أخرى: تساوي الجد والهزل في الطلاق لا يوجب تساوي الإكراه والطوع فيه، لأنَّ الكفر يستوي فيه الجد والهزل مع أنَّه لا يستوي فيه حال الإكراه، وحال الطوع فيه. ومن جهة أخرى أنَّ الهزل في حقوق الله تعالى غير جائز فيكون جد القول وهزله سواء، والطلاق والنكاح من حقوق الله[2]، ثمَّ إنَّ المكره إما محمود على فعله، أو معذور، والهازل غير معذور فلا يصح قياس أحدهما على الآخر، فالمكره قد قصد دفع الأذى عن نفسه، فانتفى الحكم لانتفاء قصده وإرادته لمقتضى اللفظ، فالهازل وإن لم يقصد الأثر لكنه ليس له عذر بل عمله مذموم[3].

ثمَّ إنَّ نظرة الحنفية إلى الإكراه باعتباره لا يؤثر في الأقوال ـ كقاعدة عامة عندهم ـ لا أرى لها دليلاً قوياً يدعمها، فأي فرق بين القول، والفعل في هذا الموضوع ما دام المعيار في الإكراه هو التهديد بما يعدم الرضا أو يفسد الاختيار على حد تعبيرهم[4]؟ فهل أثر الإكراه باعتبار كون المكره عليه فعلاً أو قولاً، أم باعتبار أثر الإكراه في نفس المكره وما يحدث من خوف يؤدي إلى خلل في الرضا والاختيار، فالتلفظ بالكفر قول مع أنَّ الإكراه عليه يؤثر فيه بالإجماع والقتل فعل مع أنَّه لا يؤثر فيه الإكراه من حيث الإثم بالإجماع، ومن حيث القصاص أيضاً عند كثير من العلماء[5].

واستدل الجمهور على بطلان نكاح المكره، وطلاقه، وعتقه ونحوها بالكتاب، والسنة، والقياس: أما الكتاب فعدة آيات تدل على رفع حكم الإكراه وهي: ـ

١ ـ قوله تعالى: ﴿... إلَّا من أُكْرِهَ وقلبُهُ مطمئنٌ بالإيمان...﴾[6] وجه

= راضٍ ولا نية له في الطلاق وقد قال عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات» انظر تفسير القرطبي (١٠/١٨٤).

(١) للآية الكريمة ﴿إلَّا من أكرِهَ وقلبُه مطمئنٌ بالإيمان﴾ (سورة النحل: الآية ١٠٦). وراجع تفسير القرطبي (١٠/١٠٨). وقال ابن العربي في الأحكام (٣/١٦٦): «وذلك جائز له بغير خلاف».

(٢) أعلام الموقعين (٣/١٢٤ ـ ١٢٥).

(٣) أعلام الموقعين (٣/١٢٢ ـ ١٢٣).

(٤) المبسوط (٢/٣٨)؛ وفتح القدير (٥/١٠٩).

(٥) كما سبق في ص (٤١٩).

(٦) سورة النحل: الآية ١٠٦. وراجع أحكام القرآن للشافعي (١/٢٣٨)؛ وأحكام القرآن لابن العربي =

الاستدلال بهذه الآية هو ما بيَّنه الإمام الشافعي بقوله: «وللكفر أحكام كفراق الزوجة، وأن يقتل الكافر، ويغنم ماله، فلما وضع الله عنه سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله، لأنَّ الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه...»(١).

وقال عطاء: «الشرك أعظم من الطلاق»(٢). ومن جهة أخرى أنَّ التلفظ بالكفر من التصرفات القولية غير القابلة للفسخ فيحمل عليها نحوها من الطلاق والنكاح.

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِيْنَ مِن الرِّجالِ والنساءِ والوِلْدانِ لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً فأُولئك عسى اللَّهُ أَنْ يعفوَ عنهم وكان اللَّهُ عفواً غفوراً﴾(٣).

وقد بيَّن الإمام البخاري وجه الاستدلال به فقال: «فعذر الله المستضعفين الذين لا يمتنعون من ترك ما أمر الله به، والمكره لا يكون إلَّا مستضعفاً غير ممتنع من فعل ما أمر به»(٤).

٣ ـ وقوله تعالى: ﴿ولا تُكرهوا فتياتِكم على البغاء... ومن يَكْرِهَهُّنَّ فإنَّ اللَّهَ من بعدِ إكراهِهنَّ غفورٌ رحيم﴾(٥)، وجه الاستدلال أنَّ الله تعالى رفع عن المستكرهة إثم الزنا، والأحكام التي تترتب عليه من الجلد ونحوه، ولا شك أنَّ الإكراه إذا كان يؤثر في الزنا برفع أحكامه فبأن يؤثر في الطلاق والنكاح أولى ويؤكد ذلك ما رواه البخاري.

= (١١٦٥/٣)؛ وتفسير القرطبي (١٨٠/١٠)؛ وقد ذكر المفسرون في سبب نزول هذه الآية أنها نزلت في عمار بن ياسر حينما أخذه المشركون وأباه وأمه فعذبوهم وقتلوا ياسر وزوجته سمية أم عمار فكانا أول قتيلين في الإسلام، وأما عمار فأعطاهم ما أرادوا بلسانه مكرهاً، فشكا ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال له: كيف تجد قلبك؟ قال: مطمئن بالإيمان فقال ﷺ: «فإن عادوا فعد» فنزلت الآية. المصادر السابقة أنفسها.

(١) الأم (٢٠٩/٣).

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٣٩٠/٩)؛ وقال القرطبي: «لما سمح الله عز وجل بالكفر به وهو أصل الشريعة عند الإكراه ولم يؤاخذ به حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها وقد أكد ذلك ما ورد عن الرسول ﷺ...».

انظر: تفسير القرطبي (١٨١/١٠ ـ ١٨٢).

(٣) سور النساء: الآية ٩٨، ٩٩.

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الإكراه (٣١١/١٢).

(٥) سورة النور: الآية ٣٣.

بعد ذكر هذه الآية ـ بسنده ـ «أنَّ عبداً استكره جارية حتى زنى بها، فجلده عمر، ونفاه ولم يجلد الجارية من أجل أنَّه استكرهها»(١).

٤ ـ وقوله تعالى: ﴿فمنِ اضْطُر غيرَ باغٍ ولا عادٍ فإنَّ اللَّهَ غفورٌ رحيم﴾(٢)، وقوله تعالى: ﴿وقَد فَصَّلَ لكم ما حَرَّم عليكم إلَّا ما اضطُرِرْتُمْ إليه﴾(٣)، والمكره مضطر إلى فعل ما هدده به فيكون غير آثم، وقد دلَّت الآية الكريمة على أنَّ الاضطرار يؤثر في الحرام فيجعله مباحاً.

٥ ـ وقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذين آمنوا لا يَحِلُّ لكم أن تَرِثُوا النساءَ كَرهاً﴾(٤)، فقد روى البخاري في صحيحه عن ابن عباس قال: «كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته إن شاء بعضهم تزوجها وإن شاؤا زوجوها، وإن شاؤا لم يزوجوها فهم أحق بها من أهلها فنزلت هذه الآية في ذلك»(٥).

وجه الاستدلال بهذه الآية أنَّ الله تعالى ألغى الزواج والتزويج بالإكراه، وحرَّم ذلك على المؤمنين، فهذا يدل بوضوح أنَّ النكاح تحت ظروف الضغط والتهديد محرم وبالتالي غير صحيح.

وأما السنة فالأحاديث في ذلك كثيرة منها:

١ ـ قوله ﷺ: «إنَّ الله وضع، وفي رواية تجاوز، عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»(٦).

وهذا الحديث صححه ابن حبان والحاكم(٧) وروي بألفاظ وطرق كثيرة من حديث ابن عباس وأبي ذر وثوبان وأبي الدرداء وابن عمر وأبي بكرة(٨). وجه الاستدلال

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (١٢/ ٣٢١).

(٢) سورة النحل: الآية ١١٥.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٤) سورة النساء: الآية ١٩.

(٥) صحيح البخاري مع الفتح (١٢/ ٣٢٠).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) المستدرك (٢/ ١٩٨)؛ وقال النووي: «حديث حسن»، انظر المجموع (٩/ ١٦١)؛ وقال البيهقي: «جود إسناده بشر بن بكر وهو من الثقات».
انظر: السنن الكبرى (٧/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧).

(٨) المصادر السابقة ونصب الراية (٢/ ٦٤ ـ ٦٦).

به أنَّ الله تعالى وضع عن أمته ﷺ ما استكرهوا عليه، والمقصود بذلك ليس ذات المكره عليه، بل الأحكام التي تترتب عليه.

٢ ـ وقوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»(١). وقد صححه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم(٢) والمراد بالإغلاق: الإكراه وقال البعض: هو الغضب قال الحافظ الزيلعي: «والصواب أنَّه يعم الإكراه، والغضب والجنون، وكل أمر انغلق على صاحبه علمه وقصده، مأخوذ من غلق الباب»(٣)، وقد بين الحافظ ابن حجر شمول الإغلاق للإكراه فقال: «لأنَّ المكره ينغلق عليه أمره ويتضيق عليه تصرفه»(٤) وترجم البخاري في صحيحه: باب الطلاق في الإغلاق والكره ثمَّ أورد حديث «إنما الأعمال بالنية»(٥).

٣ ـ ما رواه البخاري بسنده ـ في باب: لا يجوز نكاح المكره ـ عن خنساء بنت خدام الأنصارية أنَّ أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها»(٦).

٤ ـ وما روى عن ابن عباس أنَّه قال: إنَّ جارية بكراً أتت النبي ﷺ فقالت: إنَّ أبي زوجني وأنا كارهة فرد النبي ﷺ نكاحها(٧) قال ابن حزم: هذا الحديث إسناده في غاية من الصحة ولا معارض له»(٨).

٥ ـ ما رواه الإمام أحمد بسنده عن أبي موسى: أنَّ النبي ﷺ قال: «تستأمر

---

(١) الحديث رواه أحمد في مسنده (٢/٢٧٦)؛ وأبو داود في سننه مع عون المعبود، كتاب الطلاق (٦/٢٦١)؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق (١/٦٦٠)؛ والحاكم في المستدرك، باب لا طلاق ولا عتاق في إغلاق (٢/١٩٨)؛ والبيهقي في سننه (٧/٣٥٧).

(٢) المستدرك (٢/١٩٨).

(٣) نصب الراية (٣/٢٢٣)؛ وراجع تلخيص الحبير (٣/٢٤٠)؛ وأعلام الموقعين (٤/٥٠).

(٤) فتح الباري (٩/٣٨٩).

(٥) صحيح البخاري كتاب النكاح مع الفتح (٩/٣٨٨).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الإكراه (١٢/٣١٨).

(٧) رواه أحمد وغيره، انظر: مسند أحمد (٦/٣٦٨)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٨)؛ وراجع نيل الأوطار (٧/٢٨٦).

(٨) المحلى لابن حزم (٩/٢٦٨).

اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت، وإن أبت لم تكره». وفي رواية أخرى له «وإن أكرهت فلا جواز عليها»[(١)].

فهذه الأحاديث الصحيحة صريحة في الدلالة على عدم جواز طلاق المكره، ونكاحه، وعتاقه، بالإضافة إلى أنَّ الحديث الأول عام لرفع حكم كل إكراه إلَّا ما دلَّ الدليل على استثنائه.

وأمَّا الآثار من الصحابة فأكثر من أن تحصى حتى قال ابن قيم: «ولم يصح عن أحد من الصحابة تنفيذ طلاق المكره سوى هذا الأثر[(٢)] عن عمر، وقد اختلف فيه والمشهور أنَّه ردها إليه، ولو صح إبانتها منه لم يكن صريحاً في الوقوع، بل لعلَّه رأى من المصلحة التفريق بينهما، وأنَّهما لا يتصافيان بعد ذلك، فألزمه إبانتها»[(٣)]. وقد ذكر ابن حزم ـ والحافظ ابن حجر وغيرهما أنَّه قد صح عدم إجازة طلاق المكره عن ابن عباس، حيث قال ليس لمستكره طلاق، وعن ابن عمر من طرق، وعن جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وشريح، وعمر بن عبد العزيز، وعن الزهري، وقتادة، والنخعي وسعيد بن جبير[(٤)].

وقد ذكر المُحَدِّثون لنا تطبيقات كثيرة للإكراه حكم فيها أصحاب رسول الله ﷺ بعدم وقوع طلاق المكره، منها ما رواه البيهقي وابن حزم وغيرهما أنَّ رجلاً تدلى بحبل يشتار عسلاً في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجاءته امرأة فوقفت على الحبل فحلفت لتقطعنه، أو لتطلقني ثلاثاً فذكرها الله والإسلام فأبت إلَّا ذلك فطلقها ثلاثاً، فأتى عمر رضي الله عنه فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها فقال: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق»[(٥)].

وروى البيهقي وابن حزم عن علي أنَّه قال: «لا طلاق لمكره»[(٦)] كما روى عن ابن

(١) مسند أحمد (١/٣٦٤، ٣٨٤٢)؛ وراجع نيل الأوطار (٧/٢٨٦).

(٢) وهو الأثر الذي أورده الحنفية آنفاً.

(٣) أعلام الموقعين (٤/٥٢).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/٢٦٢ ـ ٢٦٣)، وراجع: أعلام الموقعين (٤/٥٢ ـ ٥٣)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٧/٣٥٨)؛ وفتح الباري (١٢/٣١٤)؛ والمنتقى لابن تيمية، مع شرحه نيل الأوطار (٨/٢٦).

(٥) السنن الكبرى (٧/٣٥٧)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٦٢)؛ وأعلام الموقعين (٤/٥٢)؛ ونيل الأوطار (٨/٢٦).

(٦) السنن الكبرى (٧/٣٥٧)؛ والمحلى (٩/٢٦٢).

عباس أنَّه سئل عن رجل أكرهه اللصوص حتى طلق امرأته فقال رضي الله عنه: «ليس بشيء»(١). وروى الإمام مالك والبيهقي أنَّ ثابت بن الأحنف تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعاني عبدالله بن عبد الرحمن فجئته فدخلت عليه، وإذا بين يديه سياط موضوعة، وإذا قيد من حديد، وعبدان قد أجلسهما فقال: طلقها وإلاَّ والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال: فقلت: هي الطلاق ألفاً فخرجت من عنده فأدركت ابن عمر رضي الله عنهما في طريق مكة فأخبرته بالذي كان من شأني فتغيظ وقال: ليس ذلك بطلاق إنها لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك، قال ثابت: ثم أتيت عبدالله بن الزبير وهو يومئذٍ بمكة فأخبرته بالذي كان من شأني وبالذي قال لي ابن عمر فقال: لم تحرم عليك، ارجع إلى أهلك وكتب إلى جابر بن الأسود الزهري وهو أمير المدينة يومئذٍ يأمره أن يعاقب عبدالله بن عبد الرحمن، وأن يخلي بيني وبين أهلي...»(٢). قال البيهقي: وروينا هذا المذهب عن التابعين عن عطاء، وطاوس والحسن، وعكرمة، وعمر بن عبد العزيز، وعبد الله بن عبيد بن عمير(٣). وروى ابن حزم بسنده عن الحسن البصري أنَّه أخذ رجلاً أهل امرأته فطلقها إن لم يبعث بنفقتها إلى شهر، فجاء الأجل ولم يبعث شيئاً، فخاصموه إلى علي فقال: اضطهدتموه حتى جعلها طلاقاً فردها إليه(٤). وقد روى ابن حزم عن طريق ثابت الأعرج قال: سألت كل فقيه بالمدينة عن طلاق المكره؟ فقالوا ليس بشيء(٥)، وهكذا كان يحكم به عمر بن عبد العزيز (رحمه الله)(٦).

وبالجملة يكاد الإجماع ينعقد بين الأصحاب على رد طلاق المكره والله أعلم.

وأما القياس ـ فالجمهور في نظري ـ لا يحتاجون إليه لوجود هذه النصوص الكثيرة السابقة ولو سلمنا فيمكن قياس الطلاق والنكاح ونحوهما على التلفظ بالكفر وعلى البيع والشراء في أنَّ الإكراه يؤثر فيهما حتى عند الحنفية(٧)، بجامع أنَّ الجميع من التصرفات القولية، بل الأولى القول بفساد طلاق المكره ونكاحه، لأنَّهما أولى بالاحتياط والاحترام، والهيبة. ومن جهة العقل أنَّ القصد إلى الشيء من شروط صحته،

(١) السنن الكبرى (٧/٣٥٧).
(٢) الموطأ، كتاب الطلاق ص (٣٦٢)؛ والسنن الكبرى (٧/٣٥٨)؛ ونصب الراية (٣/٢٢٣ ـ ٢٢٤).
(٣) السنن الكبرى (٧/٣٥٨).
(٤) المحلى (٩/٢٦٢).
(٥) المحلى (٩/٢٦٣).
(٦) نصب الراية للحافظ الزيلعي (٣/٢٢٤).
(٧) بدائع الصنائع (٩/٤٥١١).

ولهذا لا يصح تصرف الصبي غير المميز، والمجنون، فالإكراه يفوت هذا الشرط، لأنَّ المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له من معنى، وما يترتب عليه من أثر، وإنَّما يريد دفع الأذى عن نفسه.

ويمكن أن تناقش أدلة الجمهور بأنَّ الحديث الأول خاص بالإكراه على الكفر، لأنَّ القوم كانوا حديثي عهد بالإسلام وكان الإكراه على الكفر ظاهراً يومئذٍ وكان تجرى على ألسنتهم كلمات الكفر خطأً وسهواً فعفا الله تعالى عنهم، قال الحنفية ولو سلم عموم الحديث فلا يسلم شموله للطلاق والنكاح والعتاق ونحوها من التصرفات القولية وبعبارة أخرى فليست التصرفات القولية بمستكره عليها، لأنَّ الإكراه لا يعمل على الأقوال كما لا يعمل على الاعتقادات، لأنَّ أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً، فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث[1] كما ناقشوا الدليل العقلي للجمهور فقالوا: لا نسلم اشتراط القصد في الطلاق بدليل وقوع طلاق الهازل مع أنَّه غير قاصد، ولو سلم اشتراطه فالقصد في طلاق المكره وعتاقه. . . موجود، لأنَّ المكره حينما أقدم على الطلاق ولم يصبر على أذى المكره اختار أهون الشرين وقصده حيث قصد دفع الهلاك عن نفسه، ولا يندفع عنه إلاَّ بالقصد إلى ما وضع له فكان قاصداً إليه ضرورة[2].

وقد أجاب الجمهور عن الاعتراضات الواردة على الحديث الأول بأنَّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ولفظ «ما استكرهوا عليه» عام لكل نوع من أنواع المكره عليه سواء كان قولاً أو فعلاً، فترجيح أحدهما دون الآخر تحكم بلا دليل وترجيح بلا مرجح، بل كلامهم فيه نوع من التناقض ففي الجواب الأول قالوا إنَّ الحديث وارد في التلفظ بالكفر وهو من التصرفات القولية، وفي الجواب الثاني قالوا: إنَّ الحديث لا يشمل التصرفات القولية. ثمَّ إنَّ قولهم: إنَّ التصرف القولي لا يكون مكرهاً عليه غير مسلم، لأنَّ الغرض من الإكراه هو التهديد وإحداث الخوف، وليس المراد به عندهم ـ أي الحنفية ـ أن يبلغ الإكراه إلى جعل المكره آلة حقيقية بيد المكره مثل أن يأخذه ثمَّ يضربه من شاهق على شخص نائم فيقتله فهذا القسم لم يذكروه من أقسام الإكراه كما فعل الجمهور ـ كما سبق ـ فالإكراه عندهم سواء كان ملجئاً أم غير ملجىء لا يتجاوز التهديد بالقتل أو بالحبس أو بنحوهما، إذن فكما يمكن أن يؤثر

---

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٩٤).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٤٩٤).

التهديد ويؤدي إلى حمل المكره على فعل فكذلك يمكن أن يؤثر في حمله على إحداث قول ثمَّ إنَّ الأفعال التي يؤثر فيها الإكراه لا يشترطون في تحقق الإكراه فيها وصول المكره إلى حد يكون آلة في يد المكره، فالإكراه على أكل الميتة أو الخنزير، وشرب الخمر ونحوها مؤثر عندهم[1]، مع أنَّه لا يمكن أن يأكل الإنسان أو يشرب بفم غيره، وحتى الذي يمكن أن يكون المكره آلة في يد المكره لا يشترطون الوصول إلى هذا الحد فالإكراه على إتلاف المال يتحقق بمجرد التهديد بقتل، أو قطع عضو، أو ضرب مهلك[2].

ثمَّ إنَّ هناك نوعاً من التعارض في مسلك الحنفية في توجيه الأخير فقالوا: إنَّ معنى كونه آلة - أي مسلوب الاختيار إيثاراً وارتضاء - قال الكاساني: «وأما المكره على إتلاف مال الغير إذا أتلفه فيجب الضمان على المكره بالكسر - دون المكره إذا كان الإكراه تاماً أي بأن يكون التهديد بقتل أو قطع عضو... - لأنَّ المتلف هو المكرِه من حيث المعنى وإنما المكره بمنزلة الآلة على معنى أنَّه مسلوب الاختيار إيثاراً ورضاء»[3]، ولا يخفى أن سلب الاختيار بهذا المعنى والاعتبار موجود بعينه في الإكراه على القول مثل الطلاق والنكاح ونحوهما، كما أنَّ الحنفية صرحوا بأنَّ الإكراه لا يصل قطعاً إلى إعدام الاختيار، وإنما كل ما يبلغ إليه هو أن يفسده لذلك فالقول مرة بأنَّه - مطلقاً - يعدم الاختيار، ومرة لا يؤثر في الاختيار، ومرة يفسده لا يخلو من اضطراب، كما أن هذه الأمور متصورة في الإكراه على القول على المعنى المذكور، نعم لو كان الحنفية اشترطوا في تحقق الإكراه أن يكون بشكل يأخذ المكرِه المستكرَه ويتلف به الشيء - أي اشتراط كونه آلة بيده - كان لهم الحق في هذه التفرقة لكنهم لم يشترطوا ذلك كما سبق -.

وأما جوابهم عن دليل الجمهور العقلي في اشتراط القصد فلا يخلو من مقال، فقياسهم طلاق المكره على الهازل قياس مع الفارق - كما سبق - وتعليلهم بأنَّ المكره أراد الأثر والمعنى الموضوع له مقابل دفع الأذى عن نفسه غير مسلم، لأنَّ المكره لا يمكن أن يريد إيقاع الطلاق وفصل زوجته وحرمتها عليه، وإلاَّ لو أراد ذلك بالفعل لكان طائعاً لا مكرهاً - كما سبق في الشروط - وإنما المكره يريد دفع الأذى عن نفسه، ثمَّ يتلفظ باللفظ الذي يلقيه عليه المكره رغم أنْفه دون أن يقصد الفراق مثلاً، فالمكره في الحقيقة لا يريد إلاَّ دفع الأذى عن نفسه، والشرع اعتبره معذوراً مضطراً مرفوعاً عنه

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨١).
(٢) المصدر السابق (٩/٤٤٨٣).
(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨٧).

الحرج والحكم، والأعمال إنَّما تحقق أهدافها في الإسلام بالنية، وإنَّما لكل امرىء ما نوى، وبالمقابل فقد حطم الشرع ما بناه الظالم لنفسه فما بنى على باطل فهو باطل ولو سلم كل ما قاله الحنفية في المناقشة حول بعض الأدلة التي سقناها للجمهور فإنَّه يبقى مع ذلك كثير من أدلة الجمهور سالمة عن النقد وبمنأى عن أن تناله المناقشة والاعتراض مما يدل على قوة مسلكهم ورجاحة أدلتهم ووفاق دعواهم مع ما تقضي به قواعد الشريعة الغراء، والعدل، والمنطق السليم.

وبالإضافة إلى ما سبق فلو فتح هذا الباب لأدَّى ذلك إلى مفاسد خطيرة، وذرائع شريرة تفوق مخاطر ومفاسد القول بصحة بيع المكره بكثير، فالطلاق والنكاح يتعلقان بالعرض حله أو حرمته، ويترتب عليهما أمور خطيرة تتعلق بالنسب وغيره، لذلك فحمايتهما من الظلم والاضطهاد واحترام إرادتي عاقديهما أولى من غيرهما، فلو قلنا بصحة طلاق المكره ونكاحه فقد هيئنا جواً مناسباً، ومكاناً خصباً للطغاة والظلمة، واللصوص المتسلطين لأن يسلبوا ما شاؤوا من زوجات الناس بالضغط والإكراه، فإذا سوَّلت نفس أحدهم لزوجة أحد أعجبته فما عليه إلَّا أن يكره الزوج على طلاقها، ثمَّ يكرهها، أو أباها على التزويج، وبذلك تمَّ له ما أراد وصححنا عقده، وجعلنا لعقده المحرم حرمة وحريماً، ووصل إلى مبتغاه دون أن ينال عقوبة من جنس جريمته، ودون رعاية كل هذه الأدلة الشرعية السابقة ودون رعاية قاعدة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وأرى أنَّ العقل يستقبح فتح هذا الباب، وأنَّ الشرع لا يقبله، بل يأباه وقواعده تقتضي بهدم مثل هذه الاتفاقات وإبطالها.

أثر الإكراه على التصرفات القابلة للفسخ كالبيع ونحوه:

وقد اختلف الفقهاء في أثر الإكراه عليها على أربعة آراء:

الرأي الأول: أنَّ الإكراه عليها يجعلها باطلة، وهذا ما يقول به الشافعية[1] والحنابلة ما عدا صاحب الفائق[2] والظاهرية[3] وابن رشد، وابن العربي وابن جزي من المالكية

(١) المهذب مع شرحه المجموع (٩/١٥٩)؛ والتمهيد للآسنوي ص (١٢٠ - ١٢٣).

(٢) الإنصاف (٤/٢٦٥).

(٣) المحلى (٩/٢٥٨).

(٤) ويظهر مما ذكره ابن جزي في القوانين الفقهية ص (٢١١ - ٢١٢): أنَّ هذا هو رأي المذهب لأنَّه قال: «فيشترط في كل من البائع والمشتري ثلاثة شروط... الثالث أن يكونا طائعين فإن بيع المكره وشراءه باطلان». وقد أسند هذا الرأي ابن ميارة في شرح تحفة الحكام (٢/١٢) إلى ابن رشد في نوازله بأنَّه يقول: إنَّ البيع الذي تمَّ بالتخويف بالسجن والقيد مفسوخ مردود شرعاً». لكن =

والإمامية[1] قال النووي: وهو مذهب الجمهور[2].

الرأي الثاني: أنَّ الإكراه عليها يجعلها فاسدة وهذا رأي الحنفية عدا زفر[3].

الرأي الثالث: أنَّ الإكراه عليها يجعلها غير لازمة، وهذا مذهب جمهور المالكية فقد قالوا: إنَّ من شروط لزوم البيع التكليف بمعنى الرشد والطوع فلا يلزم بيع المكره إكراهاً حراماً وإن صح[4]. قال الشيخ عليش: «فأصل المذهب الذي رواه ابن القاسم، ومطرف، وابن عبد الحكم، وأصبغ عن مالك رضي الله عنه أن بيع المكره بغير حق شرعي غير لازم»[5].

قال النفراوي المالكي: «فلا يلزم بيع المكره إكراهاً حراماً وإن لزم من جهة المشتري حيث كان رشيداً»[6].

الرأي الرابع: هو أنَّ الإكراه عليها يجعلها موقوفة وهذا رأي زفر[7].

الفرق بين هذه الأقوال الأربعة في التصرفات القولية القابلة للفسخ كالبيع والإجارة ونحوهما هو أنَّ من يقول بأنَّها باطلة إذا تمت بإكراه يعني أنَّها لا يترتب عليها أي أثر، وهو مذهب الجمهور، بناء على أنَّ الظلم والحرام لا حريم لهما، وأنَّ مبنى العقود على القصد فإذا فات انعدم ما يبنى عليه إذن فلا يقبل التصليح والتصحيح وأن من يقول بأنها فاسدة وهم الحنفية ـ عدا زفر ـ فإنَّهم يعنون أنَّ العقد منعقد لوجود الصورة والمحل، لكنه فاسد لعدم تحقق الرضا، فعلى هذا يمكن تصحيحه بأن يجيزه

= هذا الرأي لا يمثل رأي المذهب المالكي لأنَّ المذهب على أنَّه بيع غير لازم.
انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦)؛ وشرح ابن ميارة (٢/٧٢) وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٩)؛ حيث نص على أنَّ الطوع من شروط اللزوم؛ والفجر المنير على مجموعة العلامة الأمير، مخطوطة في مكتبتنا الخاصة جـ(٣) ورقة (٣)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٦)؛ والفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني (٢/١١٠)؛ وفتح العلي المالك (٢/٩٣)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١/٤١١).

(١) مسالك الإفهام للشهيد الثاني (٢/١٣).
(٢) المجموع (٩/١٦١).
(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٨١، ٤٥٠٣).
(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦)؛ وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٩).
(٥) فتح العلي المالك (٢/٩٣).
(٦) الفواكه الدواني (٢/١١٠).
(٧) بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٣، ٤٥٠٤).

المكره ويرضى به، ومع ذلك فلكل منهما حق الفسخ لأنَّ العقد الفاسد ضعيف، فليس للمكره ـ بالفتح إجباره على الثمن، ولو هلك يقوم بالقيمة، لا بالثمن، وأنَّ من يقول بأنَّها موقوفة ـ وهو رأي زفر ـ يعني أنَّ العقد منعقد صحيح لكنه موقوف على إجازة المالك، فعلى هذا لو أجازه المالك يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي[1]، فالإمام زفر لاحظ وجود عدة فروق بين بيع المكره، والبيوع الفاسدة، فبيع المكره يلحقه الإجازة، لأنَّ الأمر يعود إليه، ولحقه، وأمَّا البيوع الفاسدة فلا تلحقها الإجازة لأنَّ الفساد لحق الشرع، ومن جهة ثانية أن بيع المكره لا يتملك بالقبض ولا يسقط حقه وإن تداولته الأيدي، وأمَّا البيوع الفاسدة فتتملك بالقبض فهذه الفروق بينه وبينها دفعته إلى القول بأنَّه موقوف[2].

وأما من يقول بأنَّ بيع المكره ـ أو نحوه ـ غير لازم ـ وهم المالكية ـ فيعنون أنَّ بيع المكره ـ أو نحوه ـ صحيح لكنه غير لازم بالنسبة للمكره فقط فهو إن شاء رده، ورد الثمن الذي قبضه إلَّا إذا تلف عنده بدون تفريط منه وأقام بينة على ذلك فلا يلزمه رد الثمن حينئذٍ لأنَّه أمانة في يده، وإن شاء أمضى العقد بالثمن المذكور في العقد وله إجبار المكره على ذلك وإن فات المتاع رجع بثمنه، أو بقيمته بالأكثر من ذلك[3] فعلى هذا فالجمهور على رأس قائمة المتشددين الذين لم يعطوا للعقد المكره عليه أي أثر، يليهم الحنفية ـ عدا زفر ـ الذين جعلوا تصرفات المكره القابلة للفسخ فاسدة أي تنعقد لكنها فاسدة لحق المكره، ويترتب عليها بعض آثار، ثمَّ يليهم زفر الذي جعلها موقوفة أي صحيحة لكنها تقف على إجازة المكره كبيع الفضول فعلى هذا فليس للمكره ـ بالكسر ـ خيار، ثمَّ يليه المالكية الذين جعلوها غير لازمة وهو أخف من الوقف، بدليل اعتبار المالكية بالاتفاق وبالثمن الذي ذكر فيه ـ كما سبق ـ.

استدل الجمهور على بطلان عقود المكره المالية بالكتاب والسنة والقياس.

أما الكتاب فكقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذين آمنوا لا تأكُلوا أَموالَكم بينكم بالباطِلِ إلاَّ أَنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم﴾[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٣، ٤٥٠٤).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٤٥٠٣)؛ وحاشية ابن عابدين (٥/١٢٥)؛ ومختصر الطحاوي ص (٨٥).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦)؛ وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٨)؛ وتفسير القرطبي (١٠/١٨٤).

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩. وراجع تفسير القرطبي (٥/١٤٩).

فقد دلَّت هذه الآية الكريمة على أنَّ كل مبادلة مالية لا تؤدي إلى حل أموال الناس إلَّا إذا تمت برضا الطرفين، فقد استثنى الله تعالى عن أكل أموال الناس بالباطل: التجارة عن تراض فعلى هذا فكل تجارة لم يتوفر فيها رضا الطرفين غير مستثناة عن أكل أموال الناس بالباطل فتكون باطلة ومن البديهي أنَّ الإكراه يؤثر في الرضا عند الجميع ـ كما سبق ـ فحينئذٍ لا يتحقق الشرط الذي اشترطته الآية الكريمة فيكون العقد الذي تمَّ في ظله باطلاً لا قيمة له. قال ابن العربي في تفسير هذه الآية: «وهذا نص على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه، وتنبيه على إبطال أفعاله كلها حملاً عليه»[1].

وقوله تعالى: ﴿فإن طِبْنَ لَكم عن شيءٍ منهُ نَفْساً فكُلُوه هنيئاً مريئاً﴾[2] فقد دلَّت الآية الكريمة على أنَّ أكل مال الزوجة إنما يكون حلالاً لزوجها إذا كان عن طيب النفس، فإذا لم يتحقق هذا الشرط كان أكلاً خبيثاً، حراماً، وللإنسان أن يتساءل: هل يمكن أن يتحقق بل يتصور طيب النفس مع الإكراه والتهديد؟.

وأما السنة فقد وردت فيها أحاديث منها:

أ ـ قوله ﷺ: «إنَّ الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» فهذا الحديث الصحيح أو الحسن ـ كما سبق ـ يدل على أن ما استكره عليه مرفوع عن الإنسان.

ب ـ ما رواه البيهقي بسنده عن أبي سعيد الخدري أنَّ النبي ﷺ قال: «لألقين الله عز وجل من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه إنما البيع عن تراضٍ»[3] وقد أشار النووي إلى قوة هذا الحديث من حيث السند[4].

وأما القياس فهو قياس عقود المكره المالية على تلفظه بالكفر بجامع كونهما من التصرفات القولية قال الشيرازي: «ولأنَّه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم»[5].

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (٤١١/١).

(٢) سورة النساء: الآية ٤ . وراجع تفسير القرطبي (٢٣/٥)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٣١٦/١).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (١٧/٦).

(٤) المجموع (١٥٨/٩، ١٦١)؛ فقال «فهذا مع ما ذكره المصنف هو المعتمد» وما ذكره المصنف هو هذا الحديث.

(٥) المهذب مع شرحه المجموع (١٥٨/٩).

واستدل الحنفية بهذه الأدلة لكنهم حملوها على الفساد لا على البطلان وذكروا أنَّ الآيات مثل قوله تعالى: ﴿وأَحَلَّ اللَّهُ البيعَ﴾[١]، والأحاديث الدالة على انعقاد البيع والإجارة ونحوها عامة لكل العقود التي توفرت فيها الأركان وشروط الصحة وحينما ننظر إلى بيع المكره ـ مثلاً ـ نجد أنَّ ركنه وهو المبادلة قد تحقق فيه، كما أنَّه صدر عن أهل البيع وهو العاقل البالغ، وصادف محله وهو ثبوت الملكية له، إذن لا بدَّ أن يفيد الملك ويقتضي ترتيب الأثر، لكنه لوجود عدم الرضا يكون العقد فاسداً، لأنَّ الفساد ليس في الأصل وإنما في الوصف، غير أن فساده لما كان بسبب عدم الرضا لا يثبت الملكية، ـ في الجملة ـ إلاَّ بعد رضاه[٢].

ويمكن أن نناقش أدلة الحنفية بأنَّ عموم الآيات والأحاديث مخصصة بآيات وأحاديث دلـت على اشتراط الرضا في تحقق التجارة والمعاملات المالية والرضا لا يتحقق مع الإكراه حتى عند الحنفية[٣]. ثمَّ لا نسلم أن ركن البيع هو المبادلة فقط، بل ركن البيع هو التراضي فقط أو هو مع المبادلة، فحينئذٍ لا نسلم أنَّ الرضا شرط الصحة، بل هو ركن أو شرط لكنه للانعقاد وليس للصحة أو النفاذ وبعبارة أخرى أنَّ دليلهم مصادر بأنَّه في عين المطلوب، وأنَّه دليل في محل الخلاف، فالجمهور لا يحصرون أركان البيع في المبادلة، بل يجعلون التراضي والعاقدين ركنين من أركانه.

وأما زفر فقال: إن بيع المكره لا ينقصه إلاَّ رضا المكره فلذلك يتوقف على رضاه كتصرف الفضولي.

ونناقش دليله هذا بأنَّه قياس مع الفارق، لأنَّ رضا الشخص الذي يتصرف له الفضولي غير معلوم، وأما رضا المكره فمعلوم بأنَّه معدوم وأنه غير راضٍ به، وإلاَّ لم يكن إكراهاً، فالفضولي[٤] إنما يقوم بتصرفه للغير لأجل أن يقدم له خدمة، كأن يعرف بحاجته للمعقود عليه وإنه إذا لم يقم هو فسوف لا تسنح له فرصة أخرى، فاحتمال رضا الشخص الذي اشترى له أو باع له قائم بل هو الغالب، وأمَّا المكره فهو حاضر وغير راضٍ، وأيضاً يقام رضا الفضولي مقام رضاه لحين البت والحسم من قبل صاحب الشأن، وأي رضا يقام محل رضاه في الإكراه أو بعبارة أخرى أنَّ الرضا في بيع المكره

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) بدائع الصنائع (٤٥٠٣/٩ . . .).

(٣) المصدر السابق نفسه؛ وشرح العناية مع تكملة فتح القدير (٢٩٢/٧)؛ وفتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية (٤٨٣/٣ . . .)؛ ومجمع الأنهر (٤٢٨/٢).

(٤) انظر: حاشية رد المختار على الدر المختار (١٠٦/٥ ـ ١١٥).

معدوم قطعاً، وفي بيع الفضولي محتمل مع وجود رضا النائب، وأيضاً إنَّ الإكراه ظلم يجب رفعه والفضالة تعاون على الخير لمصلحة الجانبين أو أحدهما فكيف يقاس الظلم على التعاون؟ بالإضافة إلى أنَّ عقد الفضولي باطل عند الكثيرين(١).

وأما المالكية فدليلهم قريب من هذا الدليل وكل ما فعلوا هو أنهم سموا بيع المكره بالبيع غير اللازم وهو مردود بما ذكرنا.

ولذلك لا يبقى أمامنا إلَّا ترجيح قول الجمهور القائلين ببطلان تصرفات المكره القولية مطلقاً سواء كانت من القابلة للفسخ أو غير القابلة له، لأنَّ الشرع لم يفرق بينهما في الإكراه، وأدلة الإكراه ناطقة بعدم هذه التفرقة قال ابن الرشد(٢): «ولكن الأظهر هو أنَّ المكره على الطلاق وإن كان موقعاً للفظ باختياره أنَّه يطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى: ﴿إلَّا من أُكْرِهَ وقَلْبُه مُطْمَئِنٌ بالإيمان﴾(٣) فالقصد ركن من أركان التصرفات القولية لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»(٤) وللأدلة السابقة والإكراه إنما يسمى إكراهاً أذا أثر في القصد والرضا لذلك يكون جزاء الإخلال به هو الإبطال، ثم إذا أراد المكره إنشاء عقد برضاه يبدأ من جديد ولا يستأنف عليه، لأن المحرم لا حريم له.

الفرع الثاني
كون الرضا لم يقع تحت إكراه(٥) في القانون

لم يكن للإكراه أثر في العقود لدى القانون المدني الروماني، نظراً للشكلية التي كانت تسوده، بل كان يعتبره جريمة مدنية توجب التعويض غير أن البريطور استطاع من

---

(١) يراجع: الغاية القصوى (١/٤٥٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/٨١ ـ ٨٢).

(٣) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) يراجع في الفقه والقانون المصري: د. السنهوري، الوسيط (١/٤٤٢)؛ والموجز في النظرية العامة للالتزامات (١/١١٢)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٥١)؛ وأنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل (١/٣٠٩)؛ ود. عبد الحي حجازي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (١/٣١٨)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٧٨)؛ ود. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٤٢ وما بعدها)؛ والنظرية العامة للالتزامات (١/١٣٨)؛ ود. حسين النوري، نظرية الالتزام ص (٨٥)؛ ومصادر الالتزام ص =

خلال منح المستكره دعوى جنائية تؤدي إلى الحكم على الجاني بالغرامة، كما كان يمنح الأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه فأدت تلك الإجراءات إلى حماية من أجرى التصرف القانوني تحت تأثير الإكراه، ثم لما اندمج القانون المدني مع القانـون البريطوري في عهد جوستنيان جعل الإكراه كعيب من عيوب الرضا في العقود التي يشترط الرضا لتحققها، ومع ذلك ظل القانون الروماني يجعل الإكراه، بمعنى التهديد، غير موجب للإبطال كقاعدة عامة، فقد لاحظ الرومان أن العقد الذي يعقده المكره تحت تأثير الخوف عقد صحيح لتوافر أركانه وشروطه، بل إنه توفر فيه الرضا في نظرهم، لأن المكره قد رضي بالعقد لتفادي التهديد، غير أنه إذا كان التهديد ناتجاً عن تهديد أحد العاقدين، فإنه قد ارتكب جريمة مدنية تنشأ عنها دعوى جنائية، ولذلك إذا لم يكن مبعث الخوف أحد العاقدين يكون العقد صحيحاً، وقد اشترط الرومان معياراً موضوعياً شديداً في تحقق الإكراه حيث اشترطوا كون التهديد بخطر جسيم من شأنه التأثير في نفوس الشجعان[1].

= (١٧٦)؛ ونظرية العقد ص (١١٥)؛ ود. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٦٣)؛ ود. محمد لبيب شنب دروس في نظرية الالتزام ص (١٧٠)؛ ود. عبد المنعم فرج الصده، مبادىء القانون، ط. دار النهضة ١٩٧٧ بيروت ص (٣٤٦)؛ ود. جلال علي العدوي، الإجبار القانوني على المعاوضة، ط. جامعة الإسكندرية ١٩٦٩ ص (٣).

ويراجع في الفقه الفرنسي: (Josserand)، المصدر السابق (جـ ٢ ص ٤٢ بند ٧٩ وما بعده)؛ و(Morandiere)، المصدر السابق ص (١٦٨) بند (٣٢٣)؛ و(Marcel Planiol). المرجـع السابق (٧٤١١) بند (٢٣٢. . .)؛ وبحث بقلم (Demogue)، بعنوان: الإكراه كسبب لإبطال الرضاء، المنشور في مجلة (Aev. Trim) سنة ١٩١٤ ص (٤٣٥)؛ و(Simionesco) رسالة دكتوراه في باريس بعنوان: الإكراه وآثاره في التصرفات القانونية سنة ١٩١٤؛ ورسالة (La llement) في حالة الضرورة في المسائل المدنية في باريس سنة .. ؛ و(Alfred Rieg)، فهرس القانون المدني جـ (١٧) ص (٢١)، موضوع الإكراه.

ويراجع في الفقه العراقي: د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق (١/١١٠)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٢٩٠)؛ والحكيم؛ والبكري؛ والبشير: الوجيز في نظرية الالتزام (٧٥)؛ ود. حسن الذنون، المصدر السابق ص (٤٠)؛ ود. غني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/١٦٦).

ويراجع في القانون الإنجليزي: (Cbitty)، المرجع السابق ص (١٩)؛ والفصل السابع منه، و(Wilson)، المصدر السابق ص (١٥٩)؛ و(Williston)، المصدر السابق ص (١٨).

(١) انظر: Alffred Rieg: Aepertoire Droit Civil VII. P. 1؛ وأستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٣١٥)؛ ود. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون =

هذا. وقد درج الفقه الوضعي[1] على تقسيم الإكراه إلى نوعين:

النوع الأول: الإكراه المادي وهو ما لا يبقى معه للمكرَه أي حرية أو اختيار بالنسبة للفعل المراد تحقيقه، وذلك بأن يجعل المكرِه المستكرَه آلة في يده ـ أي يتم بممارسة الضغط البدني ـ مثل أن يمسك بيده واضعاً القلم بين أصابعه فيكتب به اسمه على العقد، أو يأخذ بإصبعه فيبصم بها العقد.

فالرضا في هذا النوع معدوم، والإرادة مهدرة، والاختيار مفقود، بل لا توجد في الحقيقة حتى الإرادة الظاهرة، ولذلك يكون جزاؤه البطلان المطلق، غير أن حق طلب الإبطال خاص بالمستكره، فلا يجوز للمكره التمسك به، لأن سببه راجع إليه، كما أن ذلك لا يتصور عملياً، فلا يبقى إلا أن يتمسك به المستكره لتبيين بطلانه[2]، ومن هنا اشتبه الأمر على بعض[3] فأطلق عليه البطلان النسبي.

غير أنه لدى التعمق في سند العقد الذي بصم أو وقع بهذه الحالة، يتبين أنه لم يتحقق فيه اتفاق إطلاقاً ولم يتوفر فيه رضاء لا باطناً، ولا ظاهراً اللهم إلا هذا التوقيع أو تلك البصمة عليه، فنحن لسنا أمام واقعة تم فيها اتفاق أو عقد ـ حتى ولو شكلاً ـ وإنما نحن أمام واقعة اغتصاب سند يعدم فيه كل وجود للرضا، ويقدمه المكره على أساس أنه عقد، أو أننا أمام واقعة تزوير، فإذا كشف المكره عن الحقيقة انهار السند كوثيقة إثبات فنحن نخرج حينئذ عن نطاق الإكراه ناهيك عن التصرف القانوني، لأن العمل القانوني يدور حول الإرادة وهي هنا معدومة، فليس أمامنا غير عمل مادي يعني قواعد المسؤولية كما يعني قانون العقوبات[4] والإكراه بهذا المعنى نادر الوقوع ولذلك يتبادر

الروماني ص (٣٧٧)؛ والجامع (٢/٤: ١ ـ ٣)؛ ود. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٦٥).

(١) نتكلم عن أحكام الإكراه في الفقه والقانون في مصر والعراق وفرنسا ثم نتبعه بما يدور حولها في القانون الإنجليزي نظراً لاختلاف واضح بينهما.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) دي باج (١) بند (٥٨) المشار إليه في د. السنهوري: الوسيط (٤٤٣/١)؛ وراجع الرد عليه في بيدان جـ (٨) بند (١٢٢)؛ ود. الفريد، فهرس القانون المدني جـ (٧) ص (١)؛ موضوع الإكراه، ود. محمود جمال الدين، المرجع السابق ص (١٥١).

(٤) بهجت بدوي، نظرية العقد ص (١٣٤) فقرة (١٣٤) ود. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٤٤ ـ ٢٤٥).

الذهن من إطلاق لفظ الإكراه في القانون المدني إلى غيره وهو الإكراه المعنوي[1].

النوع الثاني: الإكراه المعنوي وهو الذي لا يصل إلى حد إعدام الإرادة والرضا، والاختيار، بل هو واقعة اغتصاب رضاء شخص لعمل قانوني بواسطة الخوف الذي يوحيه له[2]، ويظهر من هذا التعريف مباشرة تمييز الإكراه عن الغلط والتدليس، فالرضا في الأخيرين مصاب في عنصر الذكاء والإدراك، وأما في حالة الإكراه فهو مصاب في عنصر حريته وقت عقد التصرف القانوني تحت سلطان الخوف[3]، ومن هنا تقترب منه حالة الضرورة والاضطرار بسبب ظروف خاصة أو عامة حيث إن كلاً منهما ـ أي من الإكراه والضرورة ـ يفسد الرضاء ويصيب منه عنصر حريته، لكنهما يختلفان في أن الإكراه يأتي نتيجة تهديد مباشر ومن شخص، وأما الضرورة فتأتي من خلال غيره مثل أن يقع شخص في ظروف قاهرة أو أحداث تضطره لإنشاء عقد مثل حالة المسافر الذي تختطفه عصابة وتجرده عن كل ما يحمله لإنشاء عقد لأجل التخلص من الجوع أو من خطر

---

(١) (Alfred)، المصدر السابق (١/٧).

(٢) (Alfred)، المرجع السابق (١/٧). وعرفه الأستاذ السنهوري في الوسيط (٤٤٢/١) بأنه «ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد»، وهذا التعريف ينم عن نزعة مادية للإكراه حيث فسر الإكراه بالضغط الذي هو وسيلة الخوف، مع أن الأولى تعريفه بالرهبة أو نحو ذلك ولذلك اختار الأستاذ محمود جمال الدين، في الوجيز ص (١٥١)، تعريف الإكراه بأنه: «بعث الخوف من ضرر أو ألم بالغ في نفس شخص لدفعه إلى التعاقد»، وذلك لأننا نبحث عن الإكراه هنا كعيب في الرضا، وليس كواقعة مادية باعتبارها جريمة، إذن يقتضي ذلك أن تكون الأهمية في تعريفه لما يدل على هذا العيب وهو الرهبة التي تقوم في نفس من يتعرض للضغط. ومن جمال اللغة العربية أن لفظة «الإكراه» تصلح للدلالة على المعنيين: ـ أي الضغط، والرهبة ـ في حين أن اللغة الفرنسية تستعمل لفظ (Violence) بمعنى العنف والضغط، ولفظ (Crainte) بمعنى الرهبة أي كعيب للرضاء. بل إن بعض الفقه الفرنسي لم يرتض بهذه التسمية بل استعمل لفظة لاتينية (Metus) بمعنى الخوف.

انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١٣٨/١)؛ ونظرية البطلان ص (٢٤٣)؛ و(Josserand)، المصدر السابق ص (٤٢/ بند ٧٩ وما بعده). وبيدان جـ(٨) بند (١٢١) ص (٨٤). غير أن الراجح في نظري هو أن ماهية الإكراه ليست: الضغط، ولا الرهبة مع أننا لا ننكر أن الأول وسيلة والثاني نتيجة، لأن حقيقة الشيء غير وسيلته ولا نتيجته، بل ماهيته: التهديد بألم أو ضرر يؤثر في رضاه فيدفعه إلى التعاقد.

(٣) (موراندیه)، المصدر السابق ص (١٩٤) بند (٣٣٩)؛ والمصادر السابقة.

محدق به، وكحالة القوة القاهرة التي يقع فيها الشخص مثل أن تغرق سفينته فيضطر لأجل الإنقاذ إلى إنشاء عقد مهما كان الثمن، فهل يعتبر العاقد في مثل هذه الأحوال مكرهاً؟

هذا ما ثار حوله جدل عنيف نظراً لأن القانون المدني الفرنسي لم يتطرق إليه صراحة، غير أن الشراح في القرن التاسع عشر كانوا يستخلصون من فحوى المادة (١١٠٩ م ف) أن حالة الضرورة لا تسمى بالإكراه، لأن نصوص الإكراه تتكلم عن الرضا المغتصب بالإكراه، وهذا كما قيل: يفترض وجود تهديد صادر من شخص، وليس من أحداث خارجية[١].

وأما القضاء في فرنسا فيبدو على حد تعبير (إلفريد) أنه متردد[٢]، فقد صدر قرار في موضوع المساعدة والإنقاذ البحري شبه حالة الضرورة بالإكراه وأبطل التعهد المفرط المتخذ من قبطان سفينة مشرفة على الغرق إزاء متطلبات سفينة قاطرة[٣]. غير أن القضاء في الغالب قد اتجه في الغالب إلى إعادة التقدير على أساس عادل أي إنقاص الالتزامات الباهظة إلى حد معقول، وهذا ما تأيد بقانون **٢٩** / إبريل سنة **١٩١٦** الخاص بالمساعدة والإنقاذ البحريين الذي تقضي المادة (٧) منه بإبطال الاتفاقات المجاوزة عن حدها، أو إنقاصها إلى حد معقول، وتتيح للقاضي سلطة تعديلها أو إبطالها، إذا أبرم تحت تأثير خطر الغرق[٤]، غير أن هذا القانون قد ألغي بقانون ٧ يوليه **١٩٦٧** الخاص بالحوادث البحرية الذي يقضي في مادته (١٥) بأنه يمكن بطلان الاتفاقات المعقودة للمساعدة بشروط خاصة ابتعدت به عن صياغة قانون **١٩١٦** م[٥].

غير أنه بصرف النظر عن الاتفاقات الخاصة بأحداث البحر فإن الاتجاه العام

---

(١) انظر: (جوسران)، المرجع السابق ص (٤٥ بند ٨٧)؛ و(إلفريد)، المصدر السابق (٧/ بند ٢٢)؛ و(موراندييه)، المصدر السابق ص (١٩٤) بند (١٤٠).

(٢) (Alfred)، المرجع السابق (٧/ بند ٢١).

(٣) المصدر السابق نفسه.

وراجع: قضايا تتعلق بالإنقاذ منها: Req. 27, Arnl 1887, S. 1887 1, 372 D.P. 1888, 1, 263 المشار إليها في جوسران، المصدر السابق بند (٨٨).

(٤) (Morandiere)، المصدر السابق ص (١٩٤) بند (١٤٠). وقال: إن المحاكم في الغالب قد سلكت هذا المسلك.

(٥) راجع تفاصيل ذلك في (Alfred)، المصدر السابق (٧/ بند ٢٢، ٢٣).

للقضاء في غير صالح تشبيه حالة الضرورة بالإكراه[1]، وهذا لا يعني عدم وجود حكم في عكس هذا الاتجاه فقد حكمت محكمة (ستران بورج) المدنية في (١٩) فبراير (١٩٤٦) لصالح تشبيه حالة الضرورة بالإكراه[2].

ولم يشر القانون المصري، والعراقي إلى حالة الضرورة اعتماداً منهما على القواعد العامة[3]، ونحن لا ننكر وجود تشابه بين الضرورة والإكراه ولكن ذلك غير كاف في إطلاق الإكراه عليها لوجود فرق جوهري بينهما من حيث إن الإكراه تهديد من شخص يؤثر في رضاه مباشرة، والضرورة ليس فيها تهديد من شخص، وإنما أتت نتيجة لظروف خاصة، كما أن التطور الاقتصادي قد جعل الإنسان مضطراً إلى التعاقد دون رضاه كما في عقود الإذعان دون أن يسمى ذلك «إكراهاً» ومع ذلك فهذا لا يعني عدم رعاية حالة المضطر بل يجب أن ينال حماية المشرع لكن لا على أساس الإكراه، بل أن تكيف حالته على أساس الاستغلال أو الغبن الفاحش، أي إذا استغل ظروفه عاقد آخر وتمكن من خلالها لإنشاء عقود معه بشكل لا تتعادل فيه الالتزامات فإن العقد يصبح قابلاً للإبطال نظراً لوجود هذا الخلل الذي اعتور رضاءه، والخطأ الذي ارتكبه

---

(١) انظر على سبيل المثال قضايا:
Rennes, 28, Mars 1882 Gaz. Pal. 1883, 1, 529; Aix, gavril 1893, Gaz, Pal, 1893, 2215.
وغيرها مما ذكرها جوسران، المصدر السابق جـ(٢) بند (٨٨) ص (٤٦).

(٢) المنشور هذا الحكم في جريدة المحاكم سنة ١٩٤٦ - ١ - ١٦٤، وحكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية في ١٩٢٣/٣/١٧ المنشور في مجلة المحاماة ق (٤) ص (٢٩٥) رقم (٩٢٤٦).

(٣) لكن غالب الفقه في مصر والعراق جنح نحو توسيع نطاق الاستغلال ليشمل حالة الضرورة والاضطرار، أي إذا استغل المتعاقد ظروف المتعاقد المضطر فيكون العقد قابلاً للإبطال وإلا فلا.
راجع: د. السنهوري، الوسيط (٤٧٥/١) بند (٢٠٠)؛ ومحمد صالح، المرجع السابق بند (٢٨٢)؛ ود. أحمد أبو ستيت، المرجع السابق بند (١٨٧)؛ ود. جلال العدوي: المرجع السابق ص (٦٨).
وراجع: د. عبد المجيد الحكيم، والمرجع السابق (١١٦/١)؛ ود. غني حسون، الوجيز (١٧٠/١).
وراجع في تفصيل ذلك د. توفيق فرج، رسالته في الاستغلال بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٧ فقرة (٥١) ص (٥٧). واعتبر البعض أن ذلك بمثابة الإكراه أو إكراه، المراجع السابقة؛ ود. عبد الحي حجازي، المرجع السابق (٣٢١/١).
وقد قصر البعض الجزاء في مثل هذه الحالات على تخفيض الالتزام الباهظ. انظر: بلانيول، وربيير، وبولانجيه جـ(٩٠/٢) بند (٢٤٣)؛ ولالمان، حالة الضرورة، رسالة باريس ١٩٢٢ ص (٥٣) المشار إليه في د. جلال العدوي، المرجع السابق ص (١٧٥).

المستغل الذي لا يختلف من حيث النتيجة عن الخطأ الذي ينحصر في تهديد مباشر، كما أن الإفادة من أحداث عاجلة أو ضاغطة تعد ـ في مثل هذه الحالات الاضطرارية ـ مخالفة للأخلاق أكثر من توجيه تهديد مباشر(١).

هذا. وقد قسم بعض الفقه الإكراه إلى: إكراه حسي (Violence Physique)، وهو الذي يقع على الجسم كالضرب المبرح، والوخز، والكي. وإكراه معنوي (Violence Morale) وهو الذي يكون بالتهديد بإيقاع ألم أو أذى عند الامتناع(٢).

وهذا التقسيم إن كان صحيحاً باعتبار الإكراه كواقعة جنائية ـ أي أنه هل تم المهدد به أم لا ـ لكنه لا يصح قطعاً في القانون المدني الذي يبحث عن الإكراه باعتباره عيباً في الرضاء، وذلك لأن الشخص المكره الذي وقع عليه الإكراه الحسي بالضرب أو الوخز، لا يقدم على التعاقد لأجل أنه ضرب فعلاً، لأن ما وقع لا يمكن رفعه، وإنما يتعاقد خوفاً من الضرر المقبل بأن يكرر عليه الضرب، أو الكي مثلاً، إذن فلا يقدم عليه إلا نتيجة للخوف وبذلك أصبح إكراهاً معنوياً، ولم يعد الإكراه الحسي قائماً على الإطلاق(٣)، ومن جهة أخرى أن عيب الرضاء يكمن في الرهبة التي يحدثها

---

(١) (الفريد)، المرجع السابق (٧/ بند ٢٤، ٢٥)؛ وراجع بلانيول، وربيير وبلانجيه، شرح القانون المدني، ط. باريس ١٩٣٠ جـ(٢) بند (٢٠٠)؛ ومارسيل، المطول (١/ ١٩٠ بند ٢٤٣)، ويقول: «حالة الضرورة يمكن أن تتلف، أو أن تصيب الرضا، ولكنها ليست سبباً لبطلان العقد، وفي الواقع كل إنسان يجد نفسه في المجتمع في حالة الضرورة بالتعاقد، لأنه لا يمكن أن يعيش بدون أن يتعاقد، إن الظلم وعدم العدالة لا يبدءان إلا عندما يعلم شخص آخر بهذه الحالة فيستغلها بطريقة غير أخلاقية، وكان القدماء يعتقدون أن من يرى نفسه في أيد العدو أو قطاع الطرق كان بإمكانه أن يعد شخصاً آخر بمبلغ كبير جسيم للحصول على مساعدته، والاحتفاظ على حريته، وإذا قام الآخر بمساعدته كان يستحق ما وعده... لكن القانون الحديث يميل إلى ترك هذا الحل، بل قرر أنه إذا حصل إساءة في تقدير المبلغ الموعود فإن الالتزام يمكن تخفيضه إلى قيمة المكافأة العادلة، وقد قبلت محكمة النقض هذا المبدأ في التخفيف... غير أن قانون ٢٥ إبريل ١٩١٦ الخاص بالمساعدة والانقاذ البحريين قد اتجه نحو إبطال الاتفاقات المجاوزة للحد والتي تمت في ظروف صعبة قاهرة».

(٢) (الفريد)، المصدر السابق (٧/ بند ٢٤ ـ ٢٥)؛ ومارسيل بلانيول، المصدر السابق (١/ ١٨٦)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٤٨)؛ ودي باج، جـ(١) بند (٥٩)، حيث ذكر أن الوسائل هي التي تنقسم إلى حسية، ونفسية.

(٣) بلانيول، المطول (١/ ١٨٥) بند (٢٣٣)؛ ود. مختار القاضي، المرجع السابق ص (٦٤)؛ ودي باج، جـ(١) بند (٥٩).

الفعل، أو التهديد، وذلك لأننا نبحث هنا ـ أي في الفقه الحديث ـ عن نظام الإكراه الذي يعيب الرضا من حيث فكرة الحماية للإرادة حتى تكون حرة في الاتجاه نحو تحقيق ما تريده من آثار، والذي يقتضي إعطاء الأولوية للرهبة التي تفسد الإرادة، لا عن نظام الإكراه في القانون القديم باعتباره فكرة العقاب التي تكون الأهمية فيها للأفعال، ومن هنا جاء جزاء الإكراه في الفقه المدني الحديث البطلان النسبي وليس العقوبة المدنية كما كانت في القانون الروماني(١).

ومن كل ما سبق يظهر لنا أن نظرة الفقه الحديث إلى الإكراه ليست إلا باعتباره حالة من الرعب والخوف يوجد فيها الشخص فاقداً حريته في رضاه، مضحياً بها في سبيل دفع الأذى عن نفسه(٢)، فما البطلان فيه إلا لوجود هذا الخلل، وعدم تحقق شرط الرضا ـ وهو كونه حراً ـ وحينئذ لا يكون جديراً بترتيب الآثار القانونية للعقد عليه، ولذلك منح هذا الحق لمن أصيب رضاؤه دون الآخر.

غير أنه على الرغم من تقدم الفقه الحديث في هذا المضمار. . . فإن بعض الكتاب لا يزالون متأثرين بالأفكار الرومانية في هذا الخصوص ويرون أن أساس البطلان للإكراه فعل خاطىء جزاؤه التعويض، أما البطلان فهو الصورة التي يتخذها هذا التعويض(٣). غير أن هذا التكييف لا يتفق مع إقرار الجميع بمبدأ سلطان الإرادة والبحث عن الإكراه باعتباره خللاً فيها، فأي إدخال لعناصر أخرى في سبب بطلان عقد المكره يعني بالضرورة عدم الاعتراف بكفاية عيوب الرضا في البطلان، وبعبارة أخرى فوجود عيب في الرضا كاف بذاته في تحقيق هذا الهدف دون الالتجاء إلى فكرة الخطأ والتعويض فينتج من هذا أن أي التجاء إلى فكرة أخرى يعد بمثابة عدم الاعتراف

---

(١) د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٧٩)؛ ود. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٤٣)؛ والنظرية العامة للالتزام (١/١٣٨ ـ ١٣٩).

(٢) ومن أجل هذا يفضل بيدان جـ(٨/٨٤) في هذا المقام تعبير (Contrainte) أي الخوف بدلاً من (Violence) الذي يعني الفعل، وهو الدارج في التقنين الفرنسي وذلك لأن الذي يعيب الرضا هو الخشية والخوف وليس فعل الإكراه.

وراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/٤٤٣)؛ ومارسيل، المطول (١) بند (٢٣٣).

(٣) سافيني في كتابه عن القانون الروماني (٢/١١٣ ـ ١١٤)، المشار إليه في د. جميل الشرقاوي: نظرية البطلان ص (٢٤٣). ويرى شيفاليه في بحثه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية سنة ١٣ ص (١١٧) أن تأسيس البطلان على فكرة الخطأ لا ينفي بقاء الإكراه عيباً في الرضاء.

بالإكراه كعيب من عيوب الرضا، وهذا لا يعني إقصاء فكرة الخطأ والتعويض عن نطاق آخر غير البطلان[١].

معيار الإكراه:

ومن هذا العرض السابق يظهر لنا أن معيار الإكراه هو تحقق رهبة دافعة لإنشاء عقد، وهذا معيار ذاتي، أو شخصي، أخذ به القانون المصري الحالي والقانون العراقي والفقه في مصر، والعراق[٢] وأما القانون الفرنسي فقد خلط بين المعيار الموضوعي، والمعيار الذاتي في مادته (١١١٢ م ف) فقد أخذ بالمعيار الموضوعي، أي تقييم العنف بصرف النظر عن شخصية المكره، عن القانون الروماني الذي كان يشترط لتحقق الاكراه بأن يكون بشيء يرهب الشجعان غير أن مشرع القانون الفرنسي كان ـ على حد تعبير جوسران[٣] ـ أكثر إنسانية من القانون الروماني، حيث اكتفى في معياره بأن يكون العنف كافياً لإرهاب الشخص المعتاد، ومع ذلك عاد المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة السابقة نفسها إلى مراعاة معيار ذاتي[٤] فقضت بمراعاة «العمر، والجنس، وظروف الأشخاص» وهذه كلها معايير شخصية، لأن نفس القدر من العنف يختلف أثره فيما لو كان المضرور رجلاً، أو امرأة، أو يافعاً، أو مكتمل الصحة، أو مريضاً، أو كهلاً، أو متفقاً، أو ينتمي إلى طبقة معينة أو غير ذلك، فهذه الأمور كلها بمثابة معطيات تستخدم لحل مشكلة الكم، وعلى الرغم من هذا الخلط في القانون الفرنسي فإن الفقه يحاول دائماً ترجيح كفة المعيار الشخصي على الموضوعي يقول جوسران: «والقانون المدني يميل إلى التكييف الشخصي قدر الإمكان حيث يضع الخوف والعنف في تقديره، ويقدر الإكراه من زاويته الشخصية ووفقاً للتكييف القانوني

---

(١) د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٤٣).

(٢) انظر: السنهوري، الوسيط (٤٤٥/١)؛ ود. محمود جمال الدين، ص (١٥١)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٧٨).

وراجع: د. الحكيم، الموجز (١١٨/١)؛ وغني حسون، الوجيز (١٧٥/١)؛ ود. مالك دوهان، المرجع السابق (٢٩٢/١ ـ ٢٩٣).

(٣) (جوسران)، المصدر السابق (٤٣/٢ بند ٨٣)؛ وبلانيول، المطول (٢٣٣/١).

(٤) وهذا الخلط والمزج بين معيارين متعارضين معيب. راجع في تفصيل ذلك: بلانيول، المطول (١٨٦/١ بند ٢٣٦ ـ ٢٣٨)، غير أنه نقل عن بعض الفقهاء مثل كولميه، وكولان وكابيتان أنهم ادعوا أنه لا يوجد تعارض بين الفقرتين في المادة (١١١٢ م ف) بل يجب تطبيقهما بطريقة توزيعية. . .».

لحالة الشخص»[1]. وأما القانون المصري فقد أخذ بالمعيار الذاتي حيث نص في مادته (١٢٧) على أنه:

«١ ـ يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.

٢ ـ وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

٣ ـ ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية، والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه»[2].

فهذه المادة صريحة في اعتبار المعيار الشخصي، ولا يهم بعد ذلك تحقيق الخوف بأي وسيلة كانت وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤) من القانون المدني العراقي حيث «يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص، وسنهم، وضعفهم، ومناصبهم، ومراكزهم الاجتماعية، ودرجة تأثرهم، وتألمهم من الحبس، والضرب كثرة وقلة، وشدة وضعفاً». على أن القانون العراقي اشترط كون الرهبة التي بعثها الإكراه في نفس المتعاقد قائمة على أساس ذاتي معقول[3]. فقد نص في مادته (١١٣ م ع) على أنه «يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل المكره عليه».

---

(١) (جوسران)، المرجع السابق (٢/ ٤٤ بند ٨٤)؛ وبلانيول، المطول (١/ ١٨٦ بند ٢٣٦ وما بعده).

(٢) راجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٤٨)؛ والمصادر السابقة.

هذا وقد صدر حكم حديث لمحكمة النقض المصرية يقضي بأنه إذا طلبت هيئة الكهرباء مثلاً من مواطن أن يخصص حجرة في منزله لتضع فيها الكابلات والمحولات، ورفضت توصيل الكهرباء إلى البيت إلا إذا أعطاها الحجرة، واضطر للموافقة فإن هذه الموافقة تعتبر إكراهاً، ويجوز له أن يلجأ إلى القضاء لطلب إلغاء هذا الشرط وقد كان من حيثيات الحكم: «أن تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها على النفس من الأمور الموضوعية التي تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سابقة». الطعن رقم (٩٦٤) سنة ٤٦ نشرتها جريدة الأهرام بعددها الصادر في ٢٠/ ١/ ١٩٨٤.

(٣) يراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (١/ ١٢٠)؛ ود. غني حسون، الوجيز (١/ ١٧٦).

شروط الإكراه:

ذكر الفقه في مصر وفرنسا والعراق عدة شروط لا نريد هنا الخوض في تفاصيلها وإنما نذكرها بإيجاز، ثم نتبعها بتحليل، وهي:

١ ـ استعمال وسيلة من وسائل الإكراه، والوسيلة قد تكون مادية مثل أن يقوم بضرب المكره إلى أن يعقد له عقداً، وقد تكون معنوية كالتهديد بإيقاع ألم، أو أذى[١]، وقد سبق أن قلنا: إن الإكراه على التعاقد مهما كانت وسائله مادية فإنه لا يتحقق إلا نتيجة عن الخوف مما يلحقه من أذى، ويشترط أن يكون التهديد بخطر جسيم محدق بالنفس، أو بالمال[٢]، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة (١٢٧) من القانون المصري، والمادة (١١١٢) من القانون الفرنسي والمادة (١١٢) من القانون العراقي، فالخطر يجب أن يكون جسيماً، والعبرة في جسامته بحال المكره النفسية[٣] والقانون الفرنسي اشترط كون العنف مكثفاً له خطورته وجعل المعيار موضوعياً في المادة (١١١٢ م ف) لكنه استدرك في فقرتها الثانية فقضى برعاية حالة الشخص ـ كما سبق ـ[٤]. والتهديدات قد تكون مادية كالتهديد بإيقاع الأذى عليه كالقتل، والجرح، والضرب، وسلب الحرية، وقد تكون أدبية، كالتهديد بإفشاء سر، أو وقائع تمس شخصاً في سمعته، أو شرفه، وكالتهديد بترك شخص مريض يخاف من الموت بدونه، وقد تكون تهديدات مالية[٥].

وقد اشترط المشرع الفرنسي في المادة (١١١٢ م ف) كون الضرر المهدد به

---

(١) (الفريد)، المرجع السابق (٧/ بند ٦ وما بعده).

(٢) السنهوري، الوسيط (٤٤٨/١)؛ ود. غني حسون، الوجيز (١٦٧/١)؛ و(جوسران)، المرجع السابق (٤٣/٢ ـ ٤٤ بند ٨٣، ٨٤).

(٣) وقد قررت محكمة النقض المصرية في عدة قضايا: أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع في النفس، أو المال باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها، أو التخلص منها ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً. نقض مدني في ٨ فبراير ١٩٥١، مذكور في مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٩ ص (٣٠٥) وقرار آخر لمحكمة النقض بهذا المعنى في ٢٢ يناير سنة ١٩٧٤ مذكور في مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٣٦ ص ٣٠٨، وقرار آخر لمحكمة النقض في ١٣ فبراير ١٩٧٨ في الطعن المرقم ٧٢٦ لسنة ٤٤ قضائية.

(٤) (جوسران) المصدر السابق (٤٣/٢ ـ ٤٤)، (الفريد) المرجع السابق (٧/ بند ٦ ـ ١٠).

(٥) المصادر السابقة.

«حالاً» أي غير مؤجل، غير أن الفقه قد حاد عن محتوى هذه المادة، وبين خطأها بأن الضرر الذي يخشى منه يكون بالضرورة مستقبلاً، والذي يكون حالاً هو الخوف الذي يقع في روع المكره[1]، وأما القانون المصري فقد اشترط كون الضرر محدقاً أي وشيك الوقوع (المادة ١٢٧ م م) فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه فإن الإكراه لا يتحقق وهذا الأمر أيضاً منوط بحالة المتعاقد النفسية[2]، وكذلك الأمر في القانون العراقي[3].

ثم بعد ذلك لا بد أن يهدد الخطرُ نفسَه، أو من هو عزيز عليه بحيث يؤثر إيقاع الأذى عليه على إرادته ورضاه، وقد اختلفت الاتجاهات القانونية في مدى تضييق أو توسيع مفهوم من يؤثر أذاه على المكره. فذهب القانون المصري إلى إطلاق كلمة «غيره» حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٧ م م) على أنه: «وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره..» فقد تركت تقدير ذلك للظروف والأحوال التي دفعت المكره للتعاقد بحيث أفسدت رضاءه[4].

وأما القانون الفرنسي فقد حدد الغير حيث نص في مادته (١١١٣) على أن الإكراه سبب لبطلان العقد ليس فقط عندما يقع التهديد على الطرف المتعاقد، بل أيضا عندما يقع على زوجته، أو زوجها، أو على فروعه وأصوله، غير أن الفقه في فرنسا لم يقف عند منطوق هذا النص بل أوله على أنه ذكر هؤلاء كأمثلة، وقرينة على أن الخوف من الضرر المهدد به الأشخاص المذكورون قد دفع برضاء المكره إلى أن يتجه إلى غير ما يريد، فعلى قاضي الموضوع أن يطمئن من خلال الظروف والملابسات التي تحيط بالمسألة على أن الخوف قد بلغ إلى حد دفعه إلى هذا التعاقد، ومن هنا قبل الفقه والقضاء تحقق الإكراه إذا كان التهديد موجهاً إلى أقارب آخين، أو أشخاص أعزاء عليه غير مذكورين في منطوق المادة السابقة[5]، لكن يلزم حسب الرأي

---

(١) (الفريد)، المصدر السابق (٧/ بند ١٢)؛ ودي باج: (جـ ١ك بند ٦٠) ص (٦٧).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٥٣)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق (٧٩).

(٣) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١٢ م ع) حيث قالت: «ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق».

وراجع د. غني حسون، الوجيز (١/١٧٢ ـ ١٧٣)؛ ود. الحكيم، الموجز (١/١١٩).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٥٤).

(٥) (الفريد)؛ المرجع السابق (٧/٢)؛ و(جوسران)، المرجع السابق (٢/٤٧)؛ وبلانيول، المطول (١/١٨٧ بند ٢٣٩).

الغالب[1] إثبات الرابطة العاطفية التي تربط ضحية الإكراه بالشخص المهدد، وهذا ما أكده القضاء حيث قررت محكمة باريس في **١٩٠٦/٣/٣١** عدم بطلان التزام معقود من شخص تحت سلطان تهديدات موجهة ضد الغير كان يشعر إزاءه بشعور من العطف نحوه لكنه أجنبي عنه أي لا تربطه به صلة قرابة[2]. غير أن جانباً من الفقه قد ذهب إلى أن للمحكمة كامل الحرية في تحقق الإكراه من خلال الظروف التي تتعلق بالقضية[4].

وأما القانون العراقي فقد قيد هو الآخر الغير بكونه ذا رحم محرم حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (١١٢ م ع) على أنه «والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين، أو الزوج، أو ذي رحم محرم. . . يعتبر إكراهاً»، وقد أخذ على هذه المادة أغلب الفقه في العراق بأنه كان من الأولى عدم ذكر أشخاص، والاكتفاء بوقوع الضرر على المتعاقد نفسه، أو على شخص عزيز عليه، فالمنطق يقتضي بأن بعض أشخاص ممن لم تذكرهم هذه الفقرة قد يكونون أعز على المكره من ذي رحم محرم، كالخطيب، والخطيبة، والصديق الحميم، والأستاذ ونحو ذلك[4].

٢ ـ أن يكون التهديد دافعاً إلى التعاقد.

وذلك إنما يتحقق إذا كان التهديد بخطر جسيم يبعث رهبة وخوفاً في نفس المتعاقد بحيث لولا هذا الخوف لما أقدم على إبرام العقد، والمعيار هنا شخصي ـ كما سبق تفصيله ـ[5].

---

(١) (الفريد) المرجع السابق (٣/٧).

(٢) المشار إلى هذا القرار في الداللوز الدوري سنة ١٩٠٧ ـ ٢ ـ ٣٦٦.
وراجع (الفريد)، المرجع السابق (٧/ بند ١٠)؛ وبلانيول: المطول (١/ بند ٢٣٩). ويقول (جوسران)، المرجع السابق (٤٧/٢ بند ٩٠): «وأهمية التحديد في أن القاضي لا يستطيع أن يخرج عن النص فلا يتوسع ليشمل الجار مثلاً».

(٣) المشار إلى هذا الرأي في (جوسران)، المرجع السابق (٤٧/٢).

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق (١٢٢/١)؛ ود. غني حسون، الوجيز (١٧٢/١)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (٣٠١/١)؛ ود. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني ص (٤٢).

(٥) وراجع في تفصيل هذا الشرط: السنهوري، الوسيط (٤٦٤/١)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام (ص ٧٨).

٣ ـ أن يتصل الإكراه بعلم المتعاقد الآخر.

وهذا الشرط لا يثير صعوبة إذا كان الإكراه صادراً من المتعاقد مع المكره[١]، وإنما الصعوبة فيما إذا كان غيرهما فحينئذ اشترط القانون المصري أن يثبت من وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم سند الإكراه (المادة ١٢٨ م م)[٢].

ولم يشترط القانون المدني الفرنسي في تأثير الإكراه على الرضا أن يكون واقعاً من أحد المتعاقدين بل يصح أن يقع من الغير (المادة ١١١١ م ف)، كما أنه لم يشترط علم المتعاقد الآخر به[٣].

وأما القانون العراقي فلم يرد فيه نص خاص يحكم في هذه المسألة فذهب بعض إلى منحى القانون المصري الجديد من اشتراط العلم[٤] وبذلك أبعدوا العاقد حسن النية عن الوقوع في إبطال عقده بحجة الحفاظ على استقرار التعامل، وأن المكره له الحق في الرجوع على المكره بالتعويض[٥]. غير أن هذا المنحى في الفقه العراقي لا يتفق ـ في تقديري ـ مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي نفسه حيث تقضي بأنه «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية. . .» إذن لا بد حينئذ من العودة إلى مبادىء الشريعة الإسلامية وهي تقتضي تحقق الإكراه وإن لم يعلم به العاقد الآخر، لأن مبنى العقود ـ ولا سيما المالية ـ على الرضا فإذا لم يتحقق بطل، أو فسد، أو لم ينفذ ـ كما سبق ـ[٦].

٤ ـ وأن يكون الإكراه غير مشروع.

---

(١) أستاذنا الدكتور محمد علي عمران المرجع السابق ص (٧٩).

(٢) راجع في تفصيل ذلك: د. السنهوري، الوسيط (٤٧/١)؛ ود. محمد علي عمران، المرجع السابق ص (٧٩ ـ ٨٠)؛ ود. حجازي، المرجع السابق (/٣٢١)؛ ود. لبيب الشنب، المرجع السابق (١٧٥/١).

(٣) راجع: (الفريد)، المرجع السابق (٧/ بند ٢٠)؛ وبلانيول، المطول (١٨٨/١ بند ٢٤٠).

(٤) د. عبد المجيد الحكيم المصدر السابق (١١٧/١) ود. غني حسون: الوجيز (١٧٠/١) ود. مالك دوهان.

(٥) المصادر السابقة.

(٦) راجع: الفرع الأول من هذا المبحث.

وهذا الشرط تدل عليه المادة (١٢٧) من القانون المصري، والمادة (١١١٤) من القانون الفرنسي، والمادة (١١٢) من القانون العراقي. غير أن الفقه لا ينكر صعوبة هذا الشرط، وبالتالي وضع معيار منضبط لتحديد التهديدات التي تكون مشروعة، والتي لا تكون مشروعة، ويزيده صعوبة احتمال كون الوسائل مشروعة والغرض غير مشروع أو بالعكس وكذلك تحديد المراد بكون الوسيلة مشروعة أم غير مشروعة[١]، ولذلك نتطرق إلى هذه الاحتمالات مع بيان أحكامها وهي:

أ ـ وسيلة غير مشروعة إلى غرض غير مشروع مثل التهديد بإيقاع الأذى على المكره إن لم يقم ببيع داره ـ مثلاً ـ فهذا إكراه لا خلاف فيه[٢].

ب ـ وسيلة مشروعة إلى غرض مشروع مثل أن يهدد دائن مدينه بإقامة الدعوى عليه للحصول على ماله إذا لم يدفعه له في الحال، فيضطر المدين إلى بيع داره، أو سيارته لسداد الدين[٣]، ومثل أن تهدد مصلحة التليفونات، أو الماء، أو الكهرباء

---

(١) (الفريد)، المرجع السابق (٧/ بند ١١)؛ يتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى أن المراد بكون الوسيلة غير مشروعة في الإكراه هو أن يكون التهديد بارتكاب عمل يحرمه قانون العقوبات كالجرائم على اختلاف أنواعها، أو سلك المكره سلوكاً مخالفاً لحسن النية والآداب، أو على حد تعبير (الفريد) أن يستعمل طرقاً احتيالية غير شريفة وغير أخلاقية.

والمراد بكون الغرض غير مشروع أي لم يكن للمكره حق في الحصول عليه. انظر: المرجع السابق (٧/ بند ١٦)؛ وبلانيول مع مارسيل، (١/١٨٨ بند ٢٤١)؛ ود. مالك دوهان، المرجع السابق (١/٢٩٥).

(٢) المصادر الفقهية في أول المبحث.

(٣) وقد قضت محكمة النقض المصرية في (١٩٧٤/١/٢٢ س ٢٥ ص(٢٠٨)، ونقض مدني في ١٩٧٨/٢/١٣ في الطعن المرقم ٧٢٦ س ٤٤) بأن الدائن الذي يهدد مدينه بالتنفيذ عليه إنما يستعمل وسيلة قانونية للوصول إلى غرض مشروع فلا يعتبر الإكراه قد وقع منه بغير حق إلا إذا أساء استعمال الوسيلة المقررة قانوناً...».

وراجع: أستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٨٠)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/٤٥٨)، وقد قضت القرارات القضائية في مصر بأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيهم ضماناً لديونهم في نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما داموا لم يسيئوا استعمال حقهم، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً وغيرها من القضايا الكثيرة المشار إليها في د. السنهوري، الوسيط هامش (٢) ص (٤٥٥ ـ ٤٥٧). وكذلك الأمر في القضاء في فرنسا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٠ نوفمبر سنة =

المشترك يقطع اتصال تليفونه، أو قطع التيار الكهربائي أو الماء عنه إذا لم يسدد ما بذمته من أجور، فالإكراه في مثل هذه الأمثلة لا يتحقق، أو يسمى بالإكراه المشروع لأن الوسيلة مشروعة، وكذلك الغرض لأن الدائن لا يقصد وراء تهديده استغلال المدين وإنما يريد الوصول إلى حقه، وهو مشروع، والقانون لا يمكن أن يرتب على الأعمال المشروعة بطلان ما ينتج عنها(1)، وهذا ما أشارت إليه المادة (١١١٢ م ف)(2).

جـ ـ وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع مثل أن يكون لشخص على آخر دين مستحق الأداء، ولا يوجد لدى المدين ما يكفي لوفاء الدين فيهدده الدائن بإشهار إفلاسه إذا لم يكتب له سنداً بمبلغ لاحق له فيه، أو إذا لم يبع له سيارته بمبلغ بخس، فهذا يتحقق فيه الإكراه لأن الوسيلة وإن كانت مشروعة لكن الغرض الذي استهدفه غير مشروع. بل هو استغل هذه الوسيلة للحصول على مزايا تعسفية، فمثلاً المجني عليه في سرقة يستخدم التهديد بالطرق القانونية للحصول من اللص على تعويض أعلى، أو إنشاء عقد، وكذلك التهديد باتخاذ إجراءات جنائية قد تستخدم

= ١٩٠٨ (سيريه ١٩٠٩ ـ ١ ـ ٧٦) على أنه «إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالمعنى الذي يقصده القانون، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك إلا إذا أساء استعمال هذا الحق، وللقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التـزامات باهظة من المدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضا» وراجع في المعنى نفسه حكم محكمة (Agen) في ١١ يونيه ١٩٢٩، المشار إليه في (جوسران)، المرجع السابق (٢/ ٤٥ بند ٨٦).

(١) هذا ما قضت به محكمة النقض الدائرة المدنية في حكم صادر لها في (١٩٣٢/٦/٢) المنشور في مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) بأن المادة (١٣٥) مدني قديم (وتقابل المادة ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه المبطل للمشارطات إلا أن ذلك مفهوم بداهة، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها، وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض، لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون، فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم إن استأجر المستأجر تلك العين، فلا يصح القول بأن عقد الإيجار قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له، بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره». غير أن المادة (١٢٧م م) قد نصت على كونه «بغير حق».

وراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٥٦)؛ ود. عبد المجيد الحكيم، الموجز (١/ ١١٤).

(٢) (الفريد)، المصدر السابق (٢/٧ بند ١٣ ـ ١٨)؛ وبلانيول، المطول (١/ ١٨٩ بند ٢٤٢).

كوسيلة للضغط للحصول على شيء معين[1].

د ـ وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع مثل أن يهدد الدائن مدينه فيحصل منه على سند بمبلغ الدين، أو يهدده فيضطر لبيع ماله لأداء دينه، فالوسيلة غير مشروعة لكن الغرض مشروع، ومثل أن يحصل الشخص بطريق التهديد على ضمان لهذا الحق، أو على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني ما دام الغرض الذي يستهدفه من وراء ذلك مشروعاً ولا يريد أكثر من حقه، فغالب الفقه والقضاء في فرنسا على أن ذلك لا يعد إكراهاً بالمعنى القانوني فتكون التعهدات صحيحة لازمة إلا إذا انطوت على التعسف، أو كان الدائن قد هدد باتخاذ إجراءات لاحق له فيها غير أن ذلك مشروط بأن لا يستخدم العنف[2]، أي يجب أن لاتصل الوسيلة إلى حد ارتكاب جريمة جنائية، فإذا كان لشخص على آخر مبلغ من النقود، وهدده بقتله، أو بحرق

(١) (الفريد)، المرجع السابق (٧/ بند ١٨)؛ وقد قضت محكمة باريس في حكم لها في ١٨٩٦/١٢/٣١ بأنه إذا هدد رب العمل مستخدمه بالتبليغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضي له تعهداً بأن لا يعمل في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل. وقضت محكمة النقض المصرية في عدة قرارتها (منها نقض مدني في ١٩٧٤/١/٢٢ مذكور في مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٣٦ ص ٢٠٨) ونقض مدني في ١٩٧٦/٣/٣١ مذكور في مجموعة أحكام النقض س ٢٧ رقم ١٥٧ ص ٨١٥، ونقض مدني في ١٩٧٨/٢/١٣ طعن ٧٢٦ س ٤٤) بأن الدائن إذا أساء استعمال الوسيلة المقررة قانوناً بأن استخدمها للوصول إلى غرض غير مشروع كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد عن حقه فإن الإكراه في هذه الحالة يكون واقعاً بغير حق حتى ولو أن الدائن قد اتخذ وسيلة قانونية لبلوغ غرضه غير المشروع وذلك ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني . . .».

وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٤٥٨/١)؛ ود. محمد علي عمران، المرجع السابق ص (٨٠).

(٢) ويرى جوسران (٢/٤٤، ٤٥)، ودي باج (٦٨/١)، وبيدان (٩١/٨)، وديموج (١/ بند ٣٠٨)، وغيرهم أن العبرة بالغرض، فلا يتحقق الإكراه إذا كان غرض الدائن هو الحصول على حقه، أما إذا ابتغى ما وراء ذلك فإنه يكون معتدياً وتتوفر عندئذ حالة الإكراه، ويرى دي باج (١/ بند ٥٩)، إن مشروعية الغرض لا تبرر استخدام العنف إلا أن الجزاء على ذلك ليس هو البطلان بل التعويض عن العنف إذا نتج عنه ضرر. انظر: د. السنهوري، الوسيط (٤٦٠/١). ويرى نحو هذا الرأي الأستاذ حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، ط. بغداد ١٩٤٩ ص (٨١). ويرى بعض الفقه إلى أن عدم مشروعية الوسيلة وحده كاف في جعل الإكراه غير مشروع حتى ولو كانت الغاية مشروعة. انظر: شيفاليه، مقالته السابقة ص (١١٩)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٤٤).

منزله أو بخطف ابنه إذا لم يعطه سنداً بالمبلغ فإن هذا التعهد يكون باطلاً للإكراه[١].

وذلك الرأي مؤيد من قبل الفقه في مصر[٢] والعراق[٣]. ويذهب الأستاذ السنهوري في تكييف صحة هذه التعهدات ـ مع أنها وقعت تحت ضغط وسيلة غير مشروعة وإن كان الغرض منها مشروعاً ـ إلى أنه ما دام الغرض مشروعاً فإن المتعاقد المكره إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه، ويعتبر هذا منه تعسفاً في استعمال حق الإبطال. والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، وخير تعويض ما كان عينياً فيمنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد. ويترتب على ذلك أن العقد يبقى لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض، أو من الإرادة الظاهرة[٤].

والخلاصة أن العبرة في تحقيق الإكراه الذي يؤدي إلى البطلان بصفة الغرض منه، وليست بصفة الوسائل هل هي مشروعة أم لا[٥]، والمعيار في ذلك دوافع الفاعل والغرض الذي يسعى إليه[٦].

هذا ومما يتعلق بهذه المسألة موضوع الشوكة. والنفوذ الأدبي كالعلاقة التي تربط الولد بوالده، والزوجة بزوجها، والطالب بأستاذه، أو نحو ذلك، وكذلك النفوذ الاقتصادي كعلاقة العامل بصاحب العمل، يقول جوسران في هذا المعنى: «إن القانون المدني لا يوضح هذه المسألة، أو على الأقل يتناولها بطريقة عامة ويقتضي الحرص وحسن السياسة إدانة

---

(١) المصادر السابقة، ود. الحكيم، المصدر السابق (١/١١٦).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٦٠)؛ ومحمود جمال الدين، المرجع السابق ص (١٥٦).

(٣) د. الحكيم، الموجز (١/١١٦)؛ ود. مالك دوهان، المرجع السابق (١/٢٩٧).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٥٦ ـ ٤٥٧). وقد استحسن هذا الرأي الأستاذ الحكيم في الموجز (١/١١٦).

(٥) وذلك لأن المادة (١/١٢٧) من القانون المدني المصري تشترط للحكم بإبطال عقد المكره أن تكون الرهبة التي أبرم العقد تحت سلطانها «دون وجه حق».
انظر: المصادر السابقة؛ والمذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي، تعليقاً على المادة (١٧٦) منه والتي تقابل المادة (١٢٧).
وراجع: د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٤٦)؛ وكذلك الأمر في القانون العراقي في مادته (١/١١٢)، بل أدخلت كلمة «بغيرحق» في صلب حقيقة الإكراه.

(٦) يقول جوسران، المرجع السابق (٢/ بند ٨٦): «إن الالتجاء إلى الطرق القانونية يهيء الفرصة للتمييز بين الإكراه المشروع، وغيره والمعيار في هذه الحالة هو دوافع الفاعل، والغرض الذي يسعى من أجله مهدداً به خصمه. . .، وانظر: حكم محكمة (Agen) في ١٩٢٩/٦/١١».

العنف الظالم فحسب وبناء على ذلك نجد أن المادة (١١١٤ م ف) تنص على هذا المعنى فتستبعد الإكراه في حالة التأديب الأسري من جانب الأب، أو الأم، لأنه إكراه عادل يقصد به التأديب، وخضوع المستخدم لرئيسه لا يشكل حالة إكراه ولا يبطل عقداً بينهما، ولا يصلح سبباً للدفع بذلك بعد انفصال العلاقة بينهما»[١].

ويكاد الفقه في مصر[٢] والعراق[٣] يتفق على أن مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي والاقتصادي لا يعتبر في حد ذاته إكراهاً، أما إذا اتخذ ذلك طابعاً آخر وصل إلى بعث الخوف والرهبة فإن ذلك يكون إكراهاً متى كان الغرض غير مشروع، فالمعيار هو الخوف بغير حق، فمجرد التأثير بدافع النفوذ أو العطف لا يعد إكراهاً[٤] ـ غير أن القانون المدني العراقي نص في مادته (١١٦) على أن: «الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً، أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر». فالذي يثار حول هذه المادة هو هل أنها تعني أن حالة الإكراه بالنسبة للزوجة من زوجها مستثناة من شروط الإكراه أم أنها تعني شيئاً آخر؟

يرى بعض الكتاب في العراق[٥] أن هذا النص استثنائي فلا يجوز التوسع فيه بحيث يشمل حكمُه أشخاصاً آخرين غير الزوجة.

وفي نظري أن هذا النص جاء كمثال لتوضيح فكرة بعث الخوف بأنها ليست قاصرة على المتسلطين الظلمة، بل تتحقق بين الزوج وزوجته ويقاس عليها غيرها من أصحاب الشوكة والنفوذ كالأب، والأستاذ، ورجل الدين ـ ولا سيما في الدين المسيحي ـ ومدير العمل ونحوهم فيما لو استغلوا نفوذهم لبعث الخوف بدون حق في نفوس من يخضع لهم، ومع ذلك كان الأولى بالمشرع العراقي حذفها، إذ ليس من شأن التشريع الدخول في الجزئيات والأمثلة، كما أنها في تقديري لم تأت بشيء جديد، لأن القانون

---

(١) (جوسران)، المرجع السابق (٢/٤٤ ـ ٤٥ بند ٨٥).

وراجع قضية مدنية في ١٩٢٨/٣/٢٦ تحت الرقم D.H. 1928/270، وكذلك قضية مدنية أخرى في ١٩٣١/٦/٢٧ برقم D.H. 1931/523؛ ودي باج (١/٦٨)؛ وبيدان (٨/ بند ١٣٠).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٦٠)؛ ود. محمد علي عمران، المرجع السابق (٨٠) والمصادر السابقة.

(٣) د. الحكيم، الموجز (١/١٢١)؛ ود. غنى حسون، الوجيز (١/١٧١).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) د. غنى حسون، الوجيز (١/١٧٢).

العراقي ما دام قد أخذ بالمعيار الشخصي بنص المادة (١١٤) فيدخل منطوق المادة (١١٦) في فحواها، وذلك لأن المناط هو تحقق الخوف بدون حق في نفس المكره الباعث إلى دفعه إلى التعاقد وهذا متحقق في الزوجة في الحالات السابقة.

ومن جهة أخرى أن قصر المادة: (١١٦ م ع) مظهر شوكة الزوج على زوجته على الضرب والمنع من الأهل لا يمكن أن يكون مقبولاً إلا إذا حملناه محمل الأمثلة لأن الإكراه يتحقق إذا هدد الزوج زوجته بطلاقها، أو بهجرها أو بغير ذلك من الوسائل، والبت في تحقق الإكراه لدى الزوجة يرجع إلى تقدير القاضي، وكذلك قصر المادة المذكورة إكراهه لها على هبته مهرها فقط غير مسلم لأنه يمكن أن يستعمل شوكته عليها في أن تتنازل له عن دين لها في ذمته، أو عن أموال أخرى لها عليه، أو على نقل ملكية شيء لها إليه أو غير ذلك[١].

ويعالج القانون والفقه الإنجليزيين[٢] موضوعات الإكراه السابقة تحت عنواني: الإكراه، وممارسة النفوذ بدون مقتضى القانون (Duress And Gunde Influence) وقد كيف الفقه الإنجليزي موضوع الإكراه على ضوء أنَّ القانون يتطلب أن يتقابل أطراف العقد على قدم المساواة وأنَّ الرضاء الحر لا يمكن أن يتم إذا كان تحت أي تهديد، أو ضغط ولذلك يكون العقد الذي تمَّ في ظل هذه الحالة قابلاً للإبطال، فتتدخل المحكمة لإصلاح الموقف على أساس ما يكتنف القضية من ظروف، فإذا كان العقد نتيجة تهديد باستخدام العنف البدني أو الضغط المعنوي، أو نتيجة استغلال نفوذ طرف قوي جاز لها أن تقضي بما يتناسب هذه الظروف[٣].

والإكراه في القانون العام (Common Law) يعني استخدام العنف فعلاً ضد شخص، أو التهديد بإيقاع الأذى على شخص ذي شجاعة معقولة أو على قريبه كالتهديد بالقتل، والضرب الشديد، والحبس غير المشروع، وكالتهديد باتخاذ إجراءات جنائية مما يدفعه إلى إبرام العقد[٤].

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز (١٢٢/١)؛ ود. غني حسون، الوجيز (١٧٢/١).

(٢) انظر: (ولسون)، المصدر السابق ص (١٥٩)؛ و(وليستون)، المصدر السابق ص (١٨ بند ٢٠)؛ و (شيتي)، المرجع السابق ص (١٩)، وفصل (٧).

ويراجع:

Anson: Law Of Contact, 23 Rd, Oxford, 1969, P. 243

و د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد ص (٢٣٣).

(٣) (ولسون)، المرجع السابق ص (٥٩)؛ والمصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة جميعاً.

وقد أشار هذا التعريف إلى قسمي الإكراه المعهودين في الفقه الروماني والفرنسي وهما الإكراه المادي والإكراه المعنوي.

وهذا ولم يشترط القانون الإنجليزي كون الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو العلم به غير أنّه اشترط شرطين لتحققه وهما:

الشرط الأول: أن يكون استخدام العنف غير مشروع كالتهديد بارتكاب جريمة، أو فعل خاطىء، أما إذا كانت هناك أسباب تبرر اتخاذ إجراءات قانونية بسبب ارتكاب جريمة، أو مخالفة مدنية فلن تصل الحالة إلى إكراه بالتهديد بمثل هذه الإجراءات القانونية إلّا في حالة التآمر، أو أن يأخذ التهديد شكل تنازل مقابل عدم الإبلاغ(١). فعلى هذا فالعقد الذي أبرم نتيجة التهديد بالإبلاغ عن جريمة ارتكبت فعلاً، أو المقاضاة المدنية من أجل وقوع خطأ أو نحو ذلك لا ينضوي تحت قواعد الإكراه فلا يكون قابلاً للإبطال، لأنَّ التهديد فيه مشروع، لكنه يكون باطلاً باعتباره مخالفاً للنظام العام إذا اتخذ شكل التآمر أو نحوه(٢)، ففي قضية: Coming V. Ince (1847) 11 Q. B. 112 كان التهديد الموجه للمدعية المدنية هي التهديد بإيداعها في مصحة بدعوى كونها متخلفة عقلياً ما لم توافق على بعض التنازلات التي تتعلق بأملاكها، فقررت المحكمة أنّها إذا كانت لها أهلية التصرف في أملاكها عندئذٍ فلا أساس للدعوى، أو لخشيتها من إيداعها مصحة الأمراض العقلية، وبالتالي فلم تصل إلى درجة الإكراه(٣).

والخلاصة أنَّ القانون الإنجليزي يختلف عن القوانين السابقة في تفسير كون

---

(١) انظر: قضية

(Fisher V. Apollinaris Co (1875) L. R. 10 Ch. App. 297)

وقد كان التهديد فيها بسبب مخالفة قانون العلامات التجارية، وفي قضية:

(Powell V Hoyland (1851) 6 Ex. 67).

كان التهديد فيها بسبب قضية مدنية.

راجع (ولسون)، المصدر السابق ص (١٥٩ ـ ١٦٠).

(٢) يقول (ولسون)، ص (١٦٠ ـ ١٦١): «إنَّ المحكمة قادرة على التدخل في حالات القسر الذي لا يرقى إلى مرتبة الإكراه بالمعنى المقصود في القانون العام... في قصد تحقيق منفعة عن طريق عقد غير متوازن تحت تهديد برفع دعوى مثلاً كما في قضية:

(Koufman V. Gerson, (1904), 1 K. B. 591).

حيث كان الاتفاق أن تدفع الزوجة مبالغ كان زوجها قد اختلسها فقضت المحكمة ببطلان الاتفاق.

(٣) يراجع: (ولسون)، المصدر السابق ص (١٥٩).

التهديد غير مشروع فالقوانين السابقة كالقانون الفرنسي والمصري والعراقي اشترطت كون الغرض غير مشروع في تحقق الإكراه في هذه الحالات، في حين لا نرى هذا الشرط في القانون الإنجليزي بل يعتد بالوسيلة فقط، فمثلاً لو هدد ـ أ ـ ب ـ على أنَّه إذا لم ينشيء معه عقداً فسوف يبلغ عنه فأنشأ ـ ب ـ العقد ـ فقد تحقق الإكراه على ضوء القوانين ذات الصبغة اللاتينية لكون الغرض غير مشروع في حين لم يتحقق الإكراه على ضوء قواعد القانون الإنجليزي فيكون العقد صحيحاً ما دامت الوسيلة مشروعة.

الشرط الثاني: أن يكون التهديد موجهاً ضد الشخص نفسه، وليس إلى متعلقاته، أو بضائعه وأمواله، ويفسر هذا الشرط على أساس أنَّ القانون الإنجليزي ينظر إلى أنَّ وقائع إتلاف المال، أو حجزه دون وجه حق تعتبر فعلاً خاطئاً تترتب عليه المسؤولية المدنية[1]، فالتهديدات المالية لا تعتبر إكراهاً، لذلك لا يجوز القول بأن تدخل شخص للإفراج عن بضائعه فيضطر للتعاقد معه من قبيل الإكراه المؤدي إلى إلغاء العقد[2]، وكذلك الاضطرار إلى دفع مبالغ نظير الإفراج عن بضائع لأنَّه يمكن استرداد المبالغ المدفوعة بغير حق عن طريق رفع دعوى مدنية[3].

وفكرة الإكراه نطاقها ضيِّق في القانون العام الإنجليزي ـ كما رأينا ـ ولذلك جاء قضاء العدالة بفكرة النفوذ غير الواجب كي يكمل بها الإكراه، والتي أخذت طابعاً متوسعاً شمل الإكراه الجسدي، أو التهديد به، وكل تهديد من شأنه أن يؤثر في الرضا، وجعل الجزاء في كل هذه الحالات قابلية العقد للإبطال[4].

وحمل الفقه لواء اشتراط كون المتعاقدين على قدم المساواة، ونادى بمنع أي عقد تثور حوله الشكوك إذا لم تتحقق المساواة بين عاقديه كما بين بأنَّ سبل العلاج التي يمكن أن تلجأ إليها المحاكم متعددة تختلف باختلاف الأسباب التي تؤثر في العقد، وفعلاً وضعت المحاكم في اعتبارها كل تهديد يخل بالرضاء الحر لكلا الطرفين، ففي قضايا كثيرة توفر فيها الرضاء الظاهر لكنها على الرغم من وجوده فقد استشعرت وجود ضغط

---

(١) المصادر السابق و (ولسون)، ص (١٦٠، ٤٩٤).

(٢) قضية:

(Skeate V. Beale (1841) 11 Ad. 9 E. 983).

(٣) الصادر السابقة.

(٤) (ولسون) المصدر السابق (١٦١ ـ ١٦٢).

بسبب وجود علاقة خاصة بين الطرفين المتعاقدين بحيث تؤثر في حرية أحدهما، فمثلاً الطفل الذي يلجأ إلى ذويه طلباً للنصيحة تحميه المحكمة إذا حققت مصلحة لهم دونه، وهذا ما أوضحه اللورد (Cheimsford) في قضية (Tate V. Williamson (1866) R. 2 Ch. App. 55 At P. 61). فقال: «إنَّ المحاكم كانت تعني دائماً بألا تحدد مجال اختصاصها في هذا الشأن وذلك لطبيعة تفسير النفوذ المخل بالعقد، إذ كلما تزايد تأثير النفوذ وتم الإخلال بالثقة من خلال سوء استخدامه، وكان موجهاً نحو تحقيق مصلحة للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف فإنَّ الطرف المستفيد من هذا الوضع لا تتيح له المحكمة الإفادة منه، أو استبقاء مثل هذه المنفعة»[١].

وقد استطاع قضاء العدالة أن يوسع نطاق النفوذ غير الواجب ليشمل العقود التي تبرم بين أشخاص تربطهم علاقات خاصة، فيستغل أحدهم هذه العلاقة للتأثير على رضا الآخر، أو لم تكن هذه العلاقة لكن أحدهم بحكم كونه في مركز أقوى وأقدر استطاع أن يهيىء ضغطاً خارجياً للتأثير على إرادة الآخر الذي كان في مركز ضعيف اقتصادياً، أو اجتماعياً أو نفسياً[٢].

ففي الحالة الأولى: أي وجود علاقة خاصة يكون إثبات النفوذ الموجب للبطلان أسهل من الحالة الثانية حيث تجعل المحكمة هذه العلاقة قرينة بسيطة على وجود النفوذ، وذلك كالعلاقات التي تربط الإبن بوالديه[٣] والقاصر بالولي أو الوصي[٤]

---

(١) وراجع: (ولسون)، المرجع السابق ص (١٦٢).

(٢) وقد وردت في كل ذلك أحكام قضائية فراجعها في (ولسون)، المصدر السابق ص (١٦١ - ١٦٨)؛ و(أنسون)، المرجع السابق ص (٢٤٣).

(٣) انظر قضية

(Lancashire Loans Ltd. V. Black (1934) 1 K. B. 380).

وكانت هذه القضية تتعلق بنفوذ الأم.

راجع التعليق عليها في (ولسون)، المصدر السابق ص ١٦٤؛ وانظر قضية.

(Wright V. Vander Plank (1856) 8 De. G. M. G. 133)

وكانت تتعلق بنفوذ الأب.

(٤) قضية

(Match V. Hatch (1804) 9 Ves. 292).

وقضية

(Pewell V. Pewell (1900) 1 Ch 243).

والمتدين بالسلطة الدينية[1] والمريض بالطبيب والعميل بمحاميه[2] والكفيل بالمكفول[3] والمستفيد من الأموال بمديرها[4].

والقانون الإنجليزي لم يضع قائمة محددة بهذه العلاقات وعلى ذلك يمكن قياس غيرها مما له علاقة خاصة على الحالات السابقة، ومع ذلك فقد استبعد من بينها علاقة الزوجة بزوجها وهذا الاستثناء ليس بسبب عدم وجود علاقة خاصة بينهما، وإنما كان مرده إلى أنَّ القانون القديم ينظر إليهما باعتبارهما شخصاً واحداً لا يمكن إبرام العقد بينهما[5]. وفي مثل هذه الظروف يكفي للإثبات توافر هذه العلاقة الخاصة كي يقع عبء الإثبات على المستفيد الذي عليه أن يثبت تبرير الصفقة[6]، وقد شرح القاضي لورد (Lindley) كيفية إثبات النفوذ المبطل للعقد في مناسبة قضية (الكارد ضد سكينر)[7] بأنّه ينبغي توافر منفعة مقصودة يحصل عليها الموهوب له بسبب علاقة الثقة الخاصة التي تربطه بالواهب. وفي قضية أخرى[8] كان موضوعها أنَّ أرملة أغريت لتحول معظم ثروتها إلى وسيط روحاني الذي خدعها بأنَّ ذلك إنَّما هو إطاعة لرغبات زوجها المتوفي. وقد قرر قضاء العدالة أنَّ نفوذ الوالد والوالدة، يبقى طيلة بقاء الولد تحت نفوذه القانوني بل يستمر تطبيقها بعد بلوغ

---

(١) قضية

(Allcard V. Skinner (1887) 37 Ch. D 145).

(٢) قضية

(Gibson V Jeyes (1801) 6 Ves. 266).

(٣) قضية

(Ellis V. Barket (1871) L. R. 7 Ch. App. 104).

(٤) قضية

(Thomos V. Astwood (1877) 2 App. Cas 215).

(٥) انظر: قضية

(Howes V. Bishop (1909) 2 K. B. 390).

(٦) من أقوال القاضي لورد (Scrutton) بمناسبة قضية

(Loncashire Loans Ltd V. Black (1934) Ik. B. 380 At).

وراجع: (Wilson)، المرجع السابق ص (١٦٤ - ١٦٥).

(٧) قضية

(All Card V. Skinner (1887) 36 Ch. D. 145, At p. 181.

(٨) قضية

(Lyon V. Home (1868) L. R. B. E 9655).

القاصر سن الرشد إلى أن يتحرر من السلطة الأبوية[1]، فلا يصح للوالدين أن يستفيدا من هذه العلاقة درءاً للشبهات، وحتى تكون علاقة ولي الأمر بالصغير علاقة مودة وثقة ومحبة، وليست علاقة استغلال للنفوذ، وهنا وضع القضاء ضابطة مرنة وهي «أنَّ القاصر ـ أو نحوه مما سبق ـ ما كان يفعل ذلك لو كان الأمر بيده»[2]. وبناء على ذلك إذا ضمنت الإبنة أمها في دين، أو ضمن ابن زوج أمه فلا بدَّ أن لا يكون الدافع وراء ذلك النفوذ، لأنَّه عند ذلك يجوز للمحكمة عدم التعويل على مثل هذه التصرفات، وقد قال القاضي لورد (Elden) في مناسبة قضية تتعلق بالتصرف في أموال الصغيرة القاصرة: «أنَّ الفتاة القاصرة يجب أن تتمتع بالرعاية والعطف، وأن تلقي النصح البريء إزاء تصرفات مالية بحيث تكون رعاية مصالحها رائداً للجميع»[3]، ولذلك تأخذ المحكمة بنظر الاعتبار عدم وجود ناصح أمين، ففي قضية (Allcard V. Sknner)[4] كانت الراهبة قد تنازلت عن أملاكها كلية وهي (٧٠٠٠ جنيه) لصالح التبشير، وعلى الرغم من أنَّ المحكمة لم تجد في الهبة عنصر القهر، أو الخداع إلاَّ أنَّه بسبب غياب مستشار بريء الغرض ينصح الفتاة المخدوعة بالإضافة إلى أنَّ نظام الرهبنة يحظر على الراهبات الحصول على رأي شخص أجنبي دون رضاء الراهبة الرئيسة ـ لذلك قررت

---

(١) هذا ما ارتآه مجلس اللوردات في نظر قضية

(Smith V. Kay (1859) I H. L. C. 750. At 772).

حيث قرر بأنَّ القاصر يبقى تحت نفوذ الوالدين إلى أن يبلغ ثمَّ تحرر إرادته بالزواج، أو بترك المعيشة في منزل والديه. ومع ذلك فإنَّ هذه الحدود ليست جامدة بل هي تتعلق بظروف كل حالة على حدة وبحيث يتسنى في وضع هذه الظروف القول بما إذا كانت هناك سيطرة أم لا. ولذلك ليست هناك قاعدة واحدة مفروغ منها بحيث يمكن القول إن كل فتاة تزوجت وتركت منزل والديها قد زالت عنها سيطرة الأسرة تماماً. انظر قضية

(Lancashire Looins Lrd. V. Black (1934) 1 K. B. 380 At P. 411).

وراجع (Willson) المرجع السابق ص ١٦٦؛ والمصادر السابقة.

(٢) من القواعد التي أرساها القاضي لورد (Hatherleg) في قضية.

(Tarner V. Collins (1801) L. R. 7 ch App 329).

(٣) في قضية

(Huguenin V. Baseleg (1807) 14 Ves 273 At P. 300).

(٤) قضية

(Allcord V. Skinner (1887) 3 B C H. D. 145 At P. 183).

المحكمة تحقق النفوذ المبطل للرضاء[١]، ولذلك فأبسط طريق للإثبات هو التدليل على الاستفادة بنصيحة متخصص ومستقل في رأيه، وليس معنى ذلك ـ كما يقول القاضي لورد (Fletcherm): أنَّ مثل هذه النصيحة ملزمة، ولكن معناها ببساطة أنها تؤثر في جو التعامل بحيث يمكن أن يعتوره شك حينئذٍ[٢]. وفي حالة الطفل الصغير، أو المعتوه تصبح النصيحة أمراً حتمياً[٣].

وأما الحالة الثانية: أي عدم وجود علاقة خاصة ـ فتبقى فيها ظروف القضية لا تتمتع بالمرونة السابقة، لعدم وجود علاقة خاصة بين العاقدين، ومع ذلك لا يغفل القضاء عن ملابساتها ليصل إلى قرينة النفوذ، ففي قضية (Williams V. Bayleg)[٤] حكم القاضي فيها بإبطال التعهد الذي كان قد تمَّ تحت تهديد وتتلخص وقائعها في أنَّ شخصاً قد أودع في أحد البنوك سندات إذنية زور فيها توقيع والده، فلما عرف البنك بذلك هدده بالمثول أمام القضاء، فتعهد الوالد قبل البنك بأن يعطيه رهناً مقابل أن يعيد إليه السندات المزورة من قبل ابنه، فقضت محكمة العدالة بإبطال هذا التعهد محتجة بأنَّ البنك مارس ضغطاً غير واجب على المتعاقد معه حيث استغل خوف الوالد على سلامة ابنه فكان التعهد ـ كما يقول اللورد (Chelmsford) ـ غير عادل، حيث إنَّ طرفاً منهم قد حصل على ميزة غير عادلة بسبب المركز الذي يوجد فيه الطرف الآخر، ولذلك فإنَّ اتفاقاً على هذا الأساس يكون باطلاً[٥].

وقد اتَّجه التشريع الإنجليزي نحو إصدار عدة قوانين من **١٩٠٠** إلى **١٩٣٧** قرر فيها أنَّ استغلال المقرض صاحبه المحتاج لزيادة سعر الفائدة غير مشروع. ومن هنا استطاع قضاء العدالة أن يعدل سعر الفائدة أو العمولة، أو إلغائها إذا كانت مبالغاً فيها[٦]، بل يطبق مبدأ العقد العادل، وكون المقابل مناسباً إذا كان العاقد المغبون أقل

---

(١) وراجع: (Wilson)، المصدر السابق ص (١٦٦).

(٢) في قضية

(Recoomber (1911) Ich. 723 At P«. 789).

(٣) انظر قضية

(Powell v. Powell)1900(Ich. 243).

(٤) في القضية المرقمة

(1866) L. R. 1 H, 200).

(٥) حيثيات القضية السابقة. وراجع د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق ص (٢٣٧).

(٦) انظر بهذا الخصوص قضية

(Colings V ches Bradburg Ltd. (1936) 3 All E. R. 369).

من متوسط الذكاء بأن كان جاهلاً، أو فقيراً شديد الحرمان، أو ضعيف الحواس ففي قضية (إيفانس ضد لياولين)[1] التي تتلخص وقائعها في أنَّ رجلاً فقيراً أصبح وارثاً لنصيب في تركة يقدر بمبلغ (١٧٠٠ جنيه) فباع نصيبه بمبلغ (٢٠٠ جنيه) نقداً، فقرر قضاء العدالة إبطاله باعتباره نفوذاً مبطلاً للعقد وهذا ما استمر عليه القضاء من أنَّه يتدخل من منطلق العدالة ويتخذ قرينة النفوذ للحكم على إبطال كل عقد لم يتم بتعادل وكان المغبون فيه ضعيفاً[2].

فترة جواز العدول عن العقد:

ولم يطلق القضاء إعطاء هذا الحق للطرف المضرور دون تقييد بالوقت بل حدده بوقت مناسب على الرغم من أنَّ المبدأ السائد في قضاء العدالة هو أنَّ مرور الوقت لا يؤثر في الحق ولا يحجبه عن طلب الإجراءات وإيجاد علاج لعقد غير متوازن، غير أنَّ الحق يتأثر بانتهاء العلاقة المؤدية للعقد، فإذا شاء الواهب أن يرجع عما وهب فإنَّ عليه أن يفعل ذلك في وقت معقول بعد تخلصه من النفوذ المفروض عليه[3]، لأنَّ الاستمرار في الارتباط بعد التعاقد قد يثير افتراض أنَّ العاقد كان راضياً عما فعل، ففي قضية (Allcard V. Skinner)[4] كانت المدعية الراهبة قد ظلَّت خمس سنوات دون أن تحاول إثارة القضية، ثمَّ بعد أن تحولت من البروتستنتية إلى الكاثوليكية قدمت الدعوى لاسترداد أموالها التي وهبتها للتبشير فرفضت محكمة الاستئناف دعواها بحجة هذا التأخير الذي يساوي في معناه تأكيدها للعقد[5]، وفي قضية (Tarner V. Collins)[6] كانت الإبنة قد تنازلت عن أملاكها لوالدها بدون أن تستشير رأياً ناصحاً مستقلاً. . . ثمَّ

---

(١) قضية
(Evans. V. Liewelln (1987) Icoc. C. 33).

(٢) والأحكام القضائية بهذا الخصوص كثيرة ففي قضية حديثة
(Hedgson V. Marks (1970) 3 All E. R. 513).
قرر أن قرينة النفوذ غير الواجب لا يشترط أن تكون بين أشخاص تربطهم علاقة خاصة.
وراجع: د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٢٤٠).

(٣) من أقوال القاضي (Lord Lindley) في قضية (Allcard V. Skinner) السابقة الإشارة إليها ص (١٨٧).

(٤) سبقت الإشارة إليها. وانظر قضية أخرى بهذا المعنى وهي:
(Wright V. Vanderplark (1856) 8 De G. M. R G. 133).

(٥) انظر: (Wilson)، المصدر السابق ص ١٦٨ والمصادر السابقة.

(٦) تحت رقم ((1871) L. R. 7 Ch. App. 239).

بعد وفاتها بتسع سنوات حاول زوجها الطعن في عقد الهبة، فرفضت المحكمة تلك الدعوى، وأكّدت على أنَّ سكوت الـزوج طوال أكثر من تسع سنوات هو تأكيد لعقد الهبة[1].

ولا يخفى أنَّ كثيراً من القضايا السابقة تدخل في نطاق الغبن والاستغلال على ضوء قواعد الفقهه اللاتيني. وأياً ما كان فإنَّ الفقه والقضاء الإنجليزيين قد استطاعا علاج جميع حالات الإكراه بمعناه الواسع في الفقه اللاتيني ـ من خلال النفوذ غير الواجب واستطاعا أن يعبرا هذا النطاق الضيق لفكرة الإكراه في القانون العام الإنجليزي، بل توسع قضاء العدالة بحيث لم يتردد في الحكم بإبطال العقد ـ ولا سيما عقود التبرعات ـ إذا توفر لديه الدليل على توافر النفوذ[2]. وقد رأينا أنَّ مفهوم «النفوذ غير الواجب» مفهوم مرن استطاع القضاء من خلاله أن يحافظ على قواعد العدالة والتعادل في العقود، ودخل بعض تطبيقاته إلى مناطق نفوذ الغبن والاستغلال والاحتيال في الفقه اللاتيني، وبالإضافة إلى ذلك فإنَّ مرونة هذه الفكرة لدى الإنجليز قد تجسدت في عدم وضع قائمة يحصر فيها وجوه النقص والضعف التي قد تكون في المتعاقد ويستغلها الآخر ـ على عكس ما فعل القانون المصري (١٢٩/ ١ م م) ـ فترك الباب مفتوحاً لتحقيق العـدالة، والتـوازن من خلال مـراعاة ظـروف أحـد العـاقـدين النفسيـة، والاجتماعية، والاقتصادية والتي يستغلها الآخر كما أنها تتجسـد في أنَّ القانـون الإنجليزي وضع قرينة استغلال النفوذ لصالح الطرف الضعيف، وجعل عبء إثبات عدالة العقد على الطرف القوي المستفيد[3].

موازنة وتحليل:

تبين مما سبق أنَّ الفقه الإسلامي قد أخذ بالمعيار الشخصي ـ أي رعاية أحوال المكره في تأثير الخوف فيـه ـ وهذا مـا أخذ بـه القانـون المصري، والعـراقي، والإنجليزي، وأما القانون الروماني فقد أخذ بالمعيار الموضوعي ـ أي نوعية جسامة التهـديد ـ وأمـا القانـون الفرنسي فقـد خلط بين المعيارين المختلفين في مـادته (١١١٢ م ف) وقد انتقدها الفقه انتقاداً شديداً ـ كما سبق ـ ثمَّ إنَّ القانون الإنجليزي قد

(١) راجع المصادر السابقة.

(٢) (Wilson)، المرجع السابق ص (١٦٤).

(٣) انظر: (Wilson)، المصدر السابق ص (١٦٢ ـ ١٦٨)؛ و د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٢٤٦).

ضيق مفهوم الإكراه حيث حصره على التهديد بأذى على الجسم وأمَّا التهديد بإيقاع الأذى على غير جسمه كماله ومتعلقاته فلا يعتبر إكراهاً غير أنَّ قضاء العدالة قد عالج هذا الضيق من خلال فكرة النفوذ غير الواجب حتى أصبح يضم جميع مسائل الإكراه والزيادة. وقد كان اتِّجاه القانون العراقي واضحاً في الاعتماد على الشريعة الإسلامية في موضوع الإكراه أكثر من غيره، فقد أخذ برأي المالكية، وزفر من الحنفية، حيث جعل جزاء الإكراه الوقف وعدم النفاذ فقد نص في مادته (١٣٤ م ع) على أنَّه: «إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر، أو إكراه أو غلط، أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد. . .» ونص في مادته (١١٥ م ع) على أنَّ: «من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده» كما أنَّه نقل تقسيم فقهاء الحنفية للإكراه بعينه إلى المادة (١١٢ م ع). وأما القانون المصري فقد اتَّجه نحو اتِّجاه القانون الفرنسي فجعل الجزاء على الإكراه قابلية العقد للبطلان، كما أنَّه لم يتطرق إلى التقسيمات.

هذا. ويتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في أنَّ الإكراه بحق لا يؤثر، أو لا يسمى في الحقيقة إكراهاً، فالإكراه المبطل أو المفسد للعقود هو ما كان غير مشروع، ومعنى مشروعيته هو أن يكون الإكراه وسيلة لإحقاق حق شرعي، وغالب الفقه الوضعي ـ كما سبق ـ على أنَّ العبرة في ذلك بالغاية والغرض وهناك تفصيل واختلاف جزئي في بعض هذه المسائل بين الفقهين نظراً لاختلافهما في النظرة والمسلك ـ وقد خالف القانون المصري في مادته (١٢٨ م م) جمهور الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي في اشتراط علم المتعاقد الآخر في حالة وقوع الإكراه من غير المتعاقدين، وإن كان هذا الرأي يتفق مع رأي غير راجح داخل المذهب المالكي في اشتراط العلم(١) غير أنَّه يختلف معه في الجزاء، فجزاء الإكراه في فقه مالك عدم اللزوم والنفاذ في حين أنَّ

(١) وهذا الرأي غير راجح داخل المذهب المالكي، فالمذهب على أنَّ العقد غير لازم، وهذا يسمى عندهم بالإكراه على سبب البيع وهذا فيه ثلاثة أقوال: المذهب عدم لزومه، والثاني لزومه للمصلحة وهذا قول ابن كنانة قد اختاره المتأخرون، وأفتى به اللخمي وابن هلال وغيرهما وجرى به العمل بفاس، والقول الثالث إنما يسترد البائع المكره بضاعته إذا كان المشتري عالماً بالضغط وإلَّا فلا وهذا قول ابن رشد في نوازله. قال التسولي المالكي في (البهجة شرح التحفة ٢/٧٦): «وأما إن أكره على سبب البيع، كما إذا أكره على إعطاء مال ظلماً فباع أمتعته لذلك فالمشهور أنَّه مردود أيضاً، ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن يدفعه للمشتري، وظاهره أنَّه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط. . . إلا إنَّ العالم آثم كالغاصب وعليه الضمان مطلقاً، خلافاً لابن رشد في نوازله من أنَّه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط».

وراجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦)؛ وشرح الخرشي (٥/١٠).

الجزاء في القانون المدني المصري قابلية العقد للإبطال. وهذا الشرط لا يتفق مع اعتبار الإكراه عيباً في الرضاء، لأنَّ الإكراه سواء كان علم به المتعاقد الآخر، أو لم يعلم فإنه يعيب الرضا ويصيبه في عنصر حريته، وقد برر البعض موقف القانون المصري بأنَّه راعى استقرار التعامل، ولاحظ جانب المتعاقد حسن النية وكيف صحة العقد «لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإنَّ هذه الإرادة قد أفسدها الإكراه، ولكن على أساس الإرادة الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر»(١). غير أنَّ هذا التبرير غير مقنع، لأنَّ الإرادة الظاهرة نفسها إنما هي تعبير عن تلك الإرادة الباطنة فهما وجهان لعملة واحدة، فالقضية ليست قضية الإرادة الباطنة، أو الظاهرة، لأنَّ كل ما يترتب على الإكراه هو أن تكون الإرادة معيبة في تكوينها، وأنَّ هذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي نفسها التي حصل التعبير عنها، وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة(٢)، وأيضاً هذا التبرير لو صح فهو موجود في كل حالات الإكراه، ولذلك عادوا إلى تكييف آخر متمم للأول وهو: «أنَّ الإكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به، أو يفرض حتماً أنَّه يعلم به، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد، فإنَّه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض(٣). وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض»(٤)، فهذا البعض(٥) قال في الأول إنَّ العقد قائم على أساس الإرادة الظاهرة فقط ثمَّ عاد فقال: إنَّه قائم على أساس التعويض، مما يبرهن على عدم الإطمئنان إلى أساس واحد منهما.

وكذلك يمكننا أن نناقش هذا القول بأنَّه ـ بالإضافة إلى أنَّه فكرة تسبب الخلط بين نظام المسؤولية، والنظم القانونية المختلفة ـ يثير التساؤل: لماذا يكون التعويض على حساب إرادة المكره الذي هو ضحية الإكراه؟. فالتعويض كما معروف يطالب به المكرِه، لا المكرَه حتى لو فرضنا أنَّ التعويض على المكره المجني عليه فلماذا يتعين أن يكون التعويض بإجازة العقد، ولا سيما إذا كانت الصفقة كبيرة، فأساس التعويض يكون بقدر ما أصاب المتضرر من ضرر، وأي تحديد عام للتعويض يكون غير عادل لا

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/١١٢، ٤٧١)؛ و د. جلال العدوي، الإجبار القانوني على المعاوضة ص (٦).

(٢) د. عبد الحي حجازي، الموجز (١/٦٠).

(٣) بيدان (٨/ بند ١٢٦)، نقلاً عن السنهوري، الوسيط (١/٤٧١).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٧١).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (١/١١٢).

يقبله العقل وتأباه قواعد العدالة.

ثمَّ إنَّ مبنى العقود على الرضا فليس من المعقول بناؤها على أساس التعويض، ثمَّ إنَّ هذا الشرط لا يتفق مع اعتبار الإكراه عيباً في الرضا، وقد اعترف هذا البعض نفسه بهذا فقال: «والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضا، فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين، وإكراه يصدر من الغير، فكلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال»[1]. ثمَّ إنَّ القضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم في ظل القانون القديم، ولم يحدث أن خالف القضاء هذا الحكم، بل كان معياره الأساسي تحقق الإكراه سواء كان من أحدهما أو من الغير[2]، فما دام اتجاه القانون المصري الحالي لم يتغير في اعتبار الإكراه عيباً في الرضا لا نجد له مبرراً في استحداث هذا الشرط، فهو لا يزال لا يعتد في تكوين العقد إلاَّ بالإرادة في معدنها الحقيقي حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة[3] إذن فاعتبار الخطأ والتعويض في هذه المسألة يعيد بنا إلى الفكرة القديمة للإكراه لدى الرومان، ويبعدنا عن اكتفاء عيوب الرضا في الإبطال وهذا ما نبذه اتجاه كل التشريعات الحديثة[4]، ولذلك كان رأي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تحذف هذه المادة (١٢٨ م م) الحالية، ثمَّ أعيدت بناء على إصرار الأستاذ السنهوري رحمه الله[5]، وقد كان يبغي وراء إقرارها، وإبقائها استقرار التعامل، بالإضافة إلى قياسه على الغلط والتدليس غير أنَّ هذا القياس مع الفارق، لأنَّ الغلط ـ وكذلك التدليس ـ عيب في تنور الإرادة، يقع فيه المتصرف بتوهمه أنَّ غايته تتحقق من إتمام

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٧٠).

(٢) انظر على سبيل المثال: حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ إبريل ١٨٨٨ المذكورة في المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١.
وراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٧٠) وغيرهما مما سبق.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/ ١١٣).

(٤) كالقانون السويسري الذي لم يشترط علم المتعاقد الآخر بالإكراه، كما ألزم المكره ـ بالكسر ـ بالتعويض عن البطلان إذا اقتضت العدالة ذلك وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩/ فقرة ٣) منه.
وأما القانون الألماني فلم يشترط علم المتعاقد الآخر حتى في التدليس (المادة ١٢٣) والقانون الأسباني في مادته (١٢٦٨) والمشروع الفرنسي الإيطالي في مادته (١٧) والنرويجي في مادته (٢/٢٨).
وراجع: د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٤٩).

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/ ١٨٣ ـ ١٨٨).

التصرف ويندفع إلى إصداره، فإرادة الواقع في الغلط والتدليس حرة مختارة متجهة نحو تحقيق الآثار القانونية في حين أنَّ إرادة المكره معدومة قانونياً وغير متجهة نحو إنشاء العقد مطلقاً، لأنَّ الضغط الخارجي الذي تعرض له المكره قد أفقده الحرية فيما يريد أن يعبر عنه، ولذلك لا نحتاج إلى ظهور هذا الإكراه للطرف الآخر، وأما الغلط والتدليس فاشترط فيهما ظهوره للطرف الآخر لتوضيح ما شابه توهم أو احتيال[1]، بالإضافة إلى أنَّ بعض الفقه قد رفض هذا الشرط حتى للغلط والتدليس[2]. ثمَّ إنَّ قضية استقرار التعامل يمكن معالجته من خلال شرط الجسامة، أو الدفع إلى التعاقد بإضفاء بعض القيود عليه حتى لا يصبح القانون موئلاً للجبناء والعبطاء[3].

ونلاحظ على المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي بأنَّها تناولت أموراً خارجة عن نطاق مهمة التشريع كان من الأولى أن لا يقحم نفسه فيها. فقد عرفت الإكراه دون حاجة إلى التعريف، إذ يكتفي في النصوص التشريعية وضع ضوابط وأحكام، أما التعاريف فتلك مهمة الفقه يتصدى لها فتترك له حتى تبقى فيها المرونة بالإضافة إلى أنَّها عرفت الإكراه بالإجبار. . . وهو فعل ووسيلة للإكراه، فكان الأولى أن تعرفه بما يشير إلى الجانب الأهم منه وهو الخوف الذي يؤثر في الرضا[4]، ثمَّ إنَّ هذه المادة قد تناولت تقسيم الإكراه إلى نوعين ملجىء وغير ملجىء، والتعريف بكل واحد منهما وهذا التقسيم - مع كونه بعيداً عن مهمة النصوص القانونية - لا ينضوي تحته أي فائدة ولا يترتب عليه أي أثر في نطاق المعاملات وهذا ما نص عليه القانون العراقي نفسه في مادته (١١٥) فقالت: «من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده» إذن فما الفائدة من هذا التقسيم ولذا نرى حذف المادة (١١٢)

(١) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٢٥١).

(٢) وهذه التفرقة بين الإكراه من جانب وبين الغلط والتدليس من جانب آخر من حيث اشتراط علم المتعاقد الآخر بالإكراه في الأول دون الأخيرين ترجع إلى تقاليد القانون الروماني.
انظر: بلانيول وربيير وبولانجيه (جـ٦ بند ١٩٤)؛ وجوسران، البواعث فقرة (٨١ ص ١٠٥)؛ وبهجت بدوي، العقد ص (١٤٠)؛ و د. جميل الشرقاوي، البطلان ص (٢٤٩). هذا ولم يأخذ بالتفرقة بينهما بعض الفقه (سالي، التعبير عن الإرادة ص ٦١) كما لم يأخذ بها القانون الألماني في مادته (١٢٣).

(٣) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٢٥١)؛ وشيفاليه، مقالته السابقة ص (١٦١)؛ وبلانيول، المطول (١/٨٨).

(٤) أي أننا ما دمنا نقول بكون الإكراه عيباً في الرضاء لا بدَّ أن نعطي الأهمية في تعريفه لهذا الجانب في حين أنَّ التعريف بالإجبار يعطي الأهمية للفعل.

كما أنَّ المادة (١١٦) من القانون العراقي معيبة ـ كما سبق ـ كما تناولت المادة (١٢٧) من القانون المصري بعض تفصيلات لا تليق بمهمة التشريع، فكان الأولى اغفالها[١]. وكذلك انتقد الفقه الفرنسي نص المادة (١١١٢ م ف) أيضاً بأنَّها اشترطت كون الأذى «حالاً» وقد خرج الفقه عن منطوقها حينما فسرها بحلول الخوف من هذا الأذى ـ كما سبق.

والخلاصة أنَّ الإكراه المعتبر هو التهديد الباعث بخوف ـ من ألم ـ في نفس المكره أو غيره بحيث يكون هو الدافع نحو التعاقد، وبهذا التعريف يخرج الإكراه المادي ـ بمعناه السابق في الفقه الوضعي أو الإلجاء في الفقه الإسلامي غير الفقه الحنفي ـ كما تخرج حالات الضرورة التي لا تدخل في الإكراه لعدم حصول تهديد مباشر من شخص آخر، حيث يجب معالجة حالات الضرورة على أساس الاستغلال أو الغبن الفاحش أو نظرية الظروف القاهرة لا على أساس الإكراه، ثمَّ إنَّ لفظ: «غيره» في التعريف عام لكنه قيد بقيد واحد وهو أن يكون التهديد بإيقاع الأذى عليه مما يؤثر في إرادته بحيث يكون الخوف منه هو الدافع نحو التعاقد، أو بعبارة أخرى: لولا هذا الخوف لما أقدم على التعاقد لكنه يقدم عليه مضحياً برضائه وإرادته في سبيل دفع الأذى عن نفسه أو عن هذا الغير، وقولنا: «من ألم» عام لكل ألم يصيب الإنسان نفسياً أو مادياً فهو يشمل الألم الذي يحصل نتيجة إتلاف نفسه، أو عضوه، أو ماله، كما يشمل الألم الذي يحصل نتيجة خدش في عرضه، وتجريح في شرفه ونحو ذلك، وهذا اللفظ يخرج الخوف نتيجة أمور لا حقيقة لها فالتهديد بأمور خيالية لا أساس لها لا يسمى إكراهاً، فالإكراه إنما يتحقق إذا كان التهديد بإيقاع ألم جسيم تختلف جسامته باختلاف الأشخاص والظروف والأحوال، مع مراعاة نوعية العقد الذي يقدم عليه، فالمعيار شخصي واقعي لا خيالي ولا موضوعي، مع ملاحظة أنَّ القانون ينظر إلى ما هو الغالب المعتاد، ولا يجعل من الشخص المفرط في الشجاعة أو الجبن معياره، والتقدير في كل ذلك يناط بقاضي الموضوع ليستلهمه من خلال الظروف والملابسات. والإكراه بهذا المعنى لا يحتاج إلاَّ إلى تحقق شرط واحد وهو تحقق خوف حقيقي جدي دافع إلى التعاقد دون رضاه، وحينئذٍ ينضوي تحته أغلب الشروط السابقة التي يتطلبها القانون والفقه في تحقق الإكراه ما عدا شرطين هما: اشتراط القانون المصري الحالي أن يعلم به المتعاقد الآخر في حالة وقوع الإكراه من غير المتعاقدين وهذا الشرط قد ناقشناه بما يدل على عدم دقته.

---

(١) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٢٤٨).

الشرط الثاني: أن يكون الإكراه بدون حق أو غير مشروع.

والحقيقة أنَّ الإكراه المشروع يثور حوله شكوك في كونه إكراهاً داخلاً في تعريفنا أم لا. وعلى فرض عدم تسميته إكراهاً يكيف بأنَّ التعريف يدل على أنَّ الإكراه إنما يتحقق إذا كان الإقدام على العقد هو دافع الخوف فقط في حين أنَّ الإكراه المشروع ـ كمن يكره أحداً على وفاء دينه أو كتابة سند بدينه ـ ليس الدافع فيه هو الخوف وإنَّما الواجب الذي في ذمته، وبعبارة أخرى ليس الإكراه هو الدافع الوحيد بل معه دافع آخر وهو وجب أداء الحق، كما أنَّ الضغط ليس وحيداً فمعه ضغط الضمير والإنسانية، أو على حسب التعبير الإسلامي الخوف من عذاب الله تعالى. إنَّ المكره ـ كما قلنا ـ يختار أهون الشرين والضررين، والمكره على حق مشروع لا يختار الشر، وإنَّما يختار ما هو الواجب عليه فلا يتحقق فيه العنصر الأساسي للإكراه فلا يسمى إكراهاً في الاصطلاح. وعلى فرض تسميته إكراهاً فقد استثنى الإكراه المشروع عن تأثيره في العقد بناء ما تقتضيه قواعد العدالة من أنَّ الفعل المشروع لا يمكن أن يكون ما يترتب عليه غير مشروع، وذهب بعض إلى أنَّ الفقه جعل شرط عدم المشروعية شرطاً قائماً بذاته يعود أساسه إلى عنصر الخطأ أو العدالة الذي يدخلونه في الإكراه كسبب للبطلان(١)، غير أنَّه لا يتفق مع الإكراه باعتباره عيباً في الرضا، بحيث يدفع ضحيته إلى إبرام العقد دون رضاه.

ثمَّ إنَّ المراد بفقد الإرادة أو تعييبها بالإكراه ليس باعتبار معناها النفسي أو الفلسفي بل باعتبار معناها القانوني، وذلك لأنَّ المكره لا يفقد أصل الإرادة والاختيار بالمعنى الفلسفي، والنفسي، لأنَّه يوازن بين الشرين ـ تحمل الأذى، وإبرام العقد مثلاً ـ فيختار أهونهما، غير أنَّ هذا المعنى غير مقصود في عالم القانون، فالمقصود بالرضا أو الإرادة هو الرضا بالعقد وآثاره دون النظر إلى العمق الفلسفي، أو التحليل النفسي، ولذلك فالرضا معدوم مع الإكراه، لأنَّه لم يعبر عما يريده ولم يرض بترتيب الأثر على تعبيره، وهذا القدر يكفي للحكم ببطلان العقد الذي أبرمه رغم أنفه.

---

(١) بلانيول وريبير وإسمان، المرجع السابق (٦/بند ١٩٦)؛ وريبير، القاعدة الخلقية (ص ٨٣ بند ٤٥) المشار إليه في د. جميل الشرقاوي ص (٢٤٧)؛ وشيفاليه، مقالته السابقة ص (١١٩).
ويقول الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي (البطلان ص ٢٤٧): «وهذا الشرط ينافي تصور الإكراه كعيب في الرضا». ثمَّ قال: «إنَّ هذا الإلزام يجعل لصاحب الحق أن يجبر مدينه على الوفاء، صحيح أنَّ القانون قصر على جهات القضاء، والإدارة سلطة الإجبار، وبإجراءات خاصة، ولكن هذا القصر يقصد به حماية حرية الأفراد...».

ونرى أنَّ الإكراه بهذا التكييف والمعيار يبعد به عن الخلط واللبس الذي يقع فيه بعض الفقه، وعن الوقوع تحت نفوذ وتجاذب عدَّة قوانين ذات نزعات مختلفة، فنحن بين شيئين لا محالة من اختيار أحدهما إما أن نختار مبدأ سلطان الإرادة الـحقيقية، أو الإرادة اللفظية، ومن جهة أخرى إما نقبل فكرة الإكراه كعيب في الرضا ـ كما قبله الفقه الحديث ـ أو نقبلها كفكرة عقابية ـ كما هو الحال في القانون الروماني ـ فإذا قبلنا الإرادة الحقيقية واحتضناها فلا بدَّ أن نعتد بها ونقبل ما يترتب عليها، وكذلك إذا قبلنا الإكراه باعتباره عيباً في الرضا وفي عنصر حريته الذي هو أهم عناصره، فلا بدَّ أن ننبذ كل شرط يعود بنا إلى فكرة العقاب أو الخطأ في الإكراه ولا سيما في نطاق القانون الخاص وعلى الأخص في باب العقود التي مبناها على الرضا عند الجميع، وهذا ما ندين به.

المطلب الثاني
كون الرضا غير مقيد بمصلحة أحد

يقصد بذلك أن لا يكون مديناً ديناً مستغرقاً لجميع أمواله، ولا مريضاً مرض الموت، وهؤلاء ليسوا ممن اختل رضاهم لسبب داخلي، بل رضاهم سليم وإرادتهم صحيحة، غير أنَّ أموالهم لما كانت تتعلق بها حقوق الغير قيد الشرع والقانون رضاهم في التصرفات المالية حفاظاً على حقوق الآخرين. ونحن نبحث هذا الموضوع بقدر ما يتعلق به موضوعنا في فرعين نتناول فيهما مدى تقيد الرضا بمصالح الآخرين.

الفرع الأول
في الفقه الإسلامي

يتسم طابع الفقه الإسلامي بأنَّه لا يدرس رضا الفرد بوحده، ولا ينظر إلى هذا الرضا وقوته في الإنشاء، وسلطانه في الإبرام بعيداً عما يحيط به عن أجواء نفسية قد تؤثر في عناصر حريته، وتنوره، وطلاقته، وبعيداً عن مصالح الأشخاص الآخرين الذين يرتبطون به. ويتأثرون بتصرفاته سلباً وإيجاباً، ولذلك يبرر الحجر في الفقه الإسلامي بأن سببه يعود إلى عدم تأهل صاحبه، أو تعلق حق الغير بذمته أو بعين ماله[1]، وهذا ما يكون مدار البحث في غصنين:

---

(١) الغاية القصوى للبيضاوي بتحقيقنا (١/٥١٣).

الغصن الأول
رضا من كان في حالة الخوف من الهلاك[1]

وهو من تحيط به ظروف خطرة محدقة به جعلته يخاف من الهلاك ويكاد ييأس من الحياة، كالمريض مرض الموت، والمقاتل في خضم القتال وفي ساحة الوغى، وراكب البحر تموج به الأمواج، وراكب الطيارة التي تعطلت محركاتها في الجو ونحو ذلك من الحالات التي يكون صاحبها في حالة اليأس من الحياة.

هذا وقد اصطلح كثير من الأصوليين والفقهاء[2] أن يعنوا لهذا الموضوع بـ: «المريض مرض الموت» باعتبار أنَّ أكثر الأدلة فيه ثمَّ قاسوا عليه بقية الحالات المضاهية له، غير أننا رأينا أنَّ العنوان الذي اخترناه عام يتفيء في ظلاله كل هذه

---

(١) راجع في تفصيل هذه المسألة: الأصل للشيباني، مخطوطة دار الكتب (٣٣ فقه حنفي) ورقة (١٩٠ - ١٩١)؛ والفتاوى الخانية (٥٠٢/٥)؛ ومختصر الطحاوي ص (١٥٩)؛ والهداية مع فتح القدير، وشرح العناية (١٥٥/٣)؛ وجامع الفصولين (١٧٣/٢)؛ والاختيار (١٤٤/٣)؛ وشرح التلويح على التوضيح (٣٥٠/٢)؛ وتيسير التحرير (٢٧٧/٢)؛ وشرح المنار (٩٦/٣)؛ وأحكام المرضى للشيخ أحمد بن إبراهيم بن الخليل الحنفي، تحقيق محمد سرور، رسالة ماجستير في كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ص (٢٩٢)؛ وجمل الأحكام للإمام أبي العباس أحمد بن محمد بن عمر الناطفي، تحقيق حمدالله سيد، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون ص (٤٠٣)؛ وتبيين الحقائق (٣٤٨/٣)؛ والبحر الرائق (٥٠/٤)؛ وحاشية ابن عابدين (٣٨٣/٣)؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٣٥٩/٤)؛ ومتن تنقيح الأصول لصدر الشريعة، مع تعليقات سليمان عبد الفتاح ص (١٢٥)؛ وبدائع الصنائع (٢٠٧٠/٤)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٦/٣)؛ وبلغة السالك لأقرب المسالك (٦٤٢/٢)؛ والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٧٦)؛ وشرح الخرشي (٣٠٤/٥)؛ والأم للشافعي (٣٥/٤)؛ والمختصر (١٧/٣)؛ والوسيط للغزالي، مخطوطة طلعت ٢٠٦ جـ ٣ ورقة (١٥٥)؛ وروضة الطالبين (٣٨٧/٧، ٨/ ٧٢)؛ والغاية القصوى بتحقيقنا (٧٠٠/٢)؛ والمهذب للشيرازي (٤٥٣/١)؛ والمغني لابن قدامة (٠٠٨٤/٦)؛ وحاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع (٢٨/٦)؛ ومفتاح الكرامة للعاملي الإمامي (٢٩٦/٥)؛ وشرائع الإسلام للحلى (٢٦١/٢)؛ والبحر الزخار لابن المرتضى (٣١٥/٦).

وراجع: الشيخ أبا زهرة، الملكية ونظرية العقد ص(٣٤٨)؛ والشيخ محمد عبد الرحمن المحلاوي، تسهيل الوصول ص (٣١٢)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١١٠)؛ وبحر العلوم، رسالته السابقة ص (٣٢٢).

(٢) المراجع السابقة.

الحالات، ويتكون منها جميعاً وحدة جامعة فيكون أولى.

كما أنَّه المناسب لبحثنا عن الرضا، إذ أساس التأثير في هذه الحالات يعود إلى الخوف الذي يتحقق في قلب أصحابها، وهذا ما أشار إليه فقهاؤنا العظام فقد قال ابن قاضي سماونة: «ذكر محمد صاحب أبي حنيفة ـ في الأصل مسائل تدل على أنَّ الشرط خوف الهلاك على طريق الغلبة..»[1]، وقال المرغيناني: «إنما يتعلق الحق بمرض يخاف منه الموت غالباً..»[2]، فأساس تأثر الرضا يأتي من هذا الخوف بسبب الحالة التي هو فيها. قال ابن قدامة: «ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام... ولا عبرة بصحة البدن، فإن المرض لم يكن مثبتاً لهذا الحكم بعينه بل لخوف إفضائه إلى التلف»[3]. وقال الشافعي: «فكل مرض كان الأغلب منه أنَّ الموت مخوف منه فعطية المريض فيه إن مات في حكم الوصايا، وكل مرض كان الأغلب منه أنَّه غير مخوف فعطية المريض فيه كعطية الصحيح»[4].

وهكذا فالقضية منوطة بالخوف من الهلاك، ولذلك يكون من المستحسن وضع عنوان عام يشمل كل هذه الحالات، وها نحن ندرس أحكام المريض مرض الموت، والحالات التي قاسوها عليه.

الحالة الأولى ـ مرض الموت:

والمريض مرض الموت وهو من اعتلت صحته، واضطربت حالته، وعرض على بدنه ما أخرجه عن الاعتدال[5] والمرض بهذا المعنى غير مراد هنا، إذ لا يؤثر في الرضا والإرادة سلباً ولا إيجاباً وإنما الذي يؤثر هو المرض مرضاً مخوفاً وهو مرض الموت، وذلك لأنَّ الإنسان ـ في الغالب ـ لا يخلو عن مرض ما، ولأنَّه ليس كل مرض يفضي إلى الهلاك فلا بد من ضابط فقيده الفقهاء بمرض الموت[6].

ثمَّ إنَّ الفقهاء قد ذكروا تعاريف عديدة للمريض مرض الموت فقد ذكر علماء الحنفية أنَّه: المريض الذي أضناه المرض بحيث لا يقوم إلَّا بشدة أو هو في حال يعذر

---

(١) جامع الفصولين (٢/١٧٣).

(٢) الهداية مع شرحه فتح القدير (٣/١٥٥).

(٣) المغني لابن قدامة (٦/٨٨).

(٤) الأم للشافعي (٤/٣٥).

(٥) التعريفات للسيد الشريف ص (١١١)؛ القاموس المحيط (٢/٣٥٦)، مادة (مرض).
وراجع: تيسير التحرير (٢/٢٧٧)؛ والمصادر السابقة.

(٦) شرح المنار (٣/٩٦)؛ والمصادر السابقة جميعها.

في الصلاة جالساً - أي يكون صاحب فراش ولا يستطيع القيام بحوائجه[1]. ثمَّ لما كانت نوعية القيام بالحوائج تختلف من رجل إلى امرأة قالوا: إنَّ مرض الرجل أن يضنيه حتى يصير صاحب فراش يعجز عن القيام بمصالحه خارج البيت[2]. وأما مرض المرأة فهو أن تصير صاحبة فراش تعجز عن الصلاة قائمة ولا تذهب إلى شيء بلا معين، ولا تستطيع القيام بمصالحها الداخلية[3]، بل إنَّ هذا الأمر يختلف حتى بين الرجال أنفسهم فقالوا: والمعتبر في الفقيه عجزه عن الخروج إلى المسجد، وفي السوقي عجزه عن الخروج إلى الدكان[4].

وذكر علماء المالكية أنَّ مرض الموت هو ما حكم أهل الطب بكثرة الموت به، كَسُلٍّ، وقولنج[5] ونحوهما[6].

وقد ذكر الشافعي أنَّ المرض نوعان. مرض يخاف منه الموت، ومرض لا يخاف منه، ثمَّ بين ما هو مخوف فقال: «فأما المرض الذي الأغلب منه أنَّ الموت مخوف منه فكل حمى بدأت بصاحبها حتى جهدته ومثل البرسام[7] ومثل الرعاف الدائم، وذات

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص (١٥٦)؛ وجامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ والاختيار (٣/١٤٤)؛ وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣/١٥٠)؛ وشرح التلويح على التوضيح (٢/٣٥٠)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٧٧)؛ وشرح المنار (٣/٩٦).

(٢) وقد أخذت بهذا التفسير محكمة الاستئناف العليا الشرعية بمصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٢/٢٦، حيث حصل طلاق وادَّعى أنَّه في مرض الموت ولكن ثبت من وثيقة الطلاق أنَّ المتوفي انتقل إلى دار المأذون فاستنبطت المحكمة من هذه الظروف أنَّه لم يكن مريضاً مرض الموت، لأنَّه استطاع أن يتنقل إلى دار المأذون، وبناء عليه فقد ردت الحكم وجعلت الطلاق طلاقَ صحيحٍ.

وراجع: الشيخ أبا زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٤٩)؛ والشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات ص (١١٠)، وقد أخذت المجلة بهذه التفرقة في المادة (١٥٩٥).

(٣) راجع: جامع الفصولين (٢/١٨٢).

(٤) أي مقر عمله في السوق.

(٥) القولنج - بضم القاف وسكون الواو وفتح اللام وقد تكسر - مرض معوي مؤلم يعسر معه خروج الغائط، والريح، وقال بعض الحكماء السابقين هو ريح غليظ يحتبس في الأمعاء.

انظر القاموس المحيط (١/٢١١)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦).

(٦) راجع: شرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٣٠٤)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ وبداية المجتهد (٢/٣٢٧).

(٧) البرسام بخار يرقى إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل. انظر المغني لابن قدامة (٦/٨٥).

الجنب والخاصرة والقولنج وما أشبه هذا... وما أشكل من هذا... سئل عنه أهل العلم به فإن قالوا: هو مخوف لم تجز عطيته إذا مات إلَّا من ثلثه، وإن قالوا: لا يكون مخوفاً جازت عطيته جواز عطية الصحيح»[1].

وهكذا الأمر عند الحنابلة[2]، أما الإمامية فقد اعتدوا بكل مرض يعقبه موت[3]، وفيمن عداهم اتَّفق القائلون بتأثير المرض في التصرفات على أنَّ المراد بالمرض المطلوب هنا هو المرض الخطير الذي يجعل صاحبه ملازماً للفراش ويكون الغالب أن يموت منه من يصيبه، ومن هنا ذكروا علامات أو عينوا بعض أنواع الأمراض السائدة في عصورهم، ولذلك قال الشافعي: «ثمَّ جميع الأوجاع التي لم تُسمَّ.. يسأل عنها أهل العلم بها»[4]. غير أنَّ الفقهاء تكلفوا بذكر أماراته المتعددة فمنهم من قال: إنَّ أمارته أن يكون الشخص صاحب فراش[5] ومنهم من قال: هو المريض الذي لا يستطيع أن

---

(١) الأم للشافعي (٤/٣٥).

(٢) وقد ذكر ابن قدامة أنواع الأمراض وبين ما هو المخيف منها وما هو غير ذلك فقال: «والأمراض على أربعة أقسام:

١ - غير مخوف مثل وجع العين - ونحوه - فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لأنَّه لا يخاف منه في العادة.

٢ - الأمراض الممتدة كالجذام وحمى الربع، والفالج في انتهائه والسل في ابتدائه... فهذا الضرب إن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة، وإن لم يكن صاحب فراش، بل كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال.

٣ - من تحقق تعجيل موت فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح، أو أبينت حشوته فهذا لا حكم لكلامه، ولا لعطيته لأنَّه لا يبقى له عقل ثابت، وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه، وكان تبرعه من الثلث، فإن عمر رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله.

٤ - مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقيناً لكنه يخاف ذلك كالبرسام... وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب، ومرض القلب والرئة... والقولنج... فهذه كلها مخوفة... وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة... فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة من الثلث بعد موته.

انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٨٤ - ٨٥)؛ والروض المربع (٦/٢٨..).

(٣) شرائع الإسلام للحلي (٢/٢٦١)؛ ومفتاح الكرامة للعاملي (٥/٢٩٦).

(٤) الأم (٤/٣٥).

(٥) جامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ والمهذب (١/٤٥٣)؛ والمصادر السابقة.

يخطو ثلاث خطوات دون الاستعانة بغيره[1]، ومنهم من قال: هو المصاب بالسل والإسهال الدائم والقولنج والشلل[2].

ومن كل ما قالوا نصل إلى أنَّ هذا الأمر يعود إلى العرف وأهل الطب به، وأنَّ المرض الذي تترتب عليه الأحكام الخاصة بالتصرفات يتكون من عنصرين هما:

العنصر الأول: كون المرض خطيراً يفضي في الغالب إلى الموت:

وهذا عند الجمهور[3] وذهب الإمامية أنَّ كل مرض اتَّصل به الموت فهو مرض الموت وتترتب عليه الآثار[4]. هذا وقد ذكر الجمهور كما سبق عدَّة أمراض كانت خطيرة تؤدي غالباً إلى الموت في عصورهم أما الآن فقد تقدَّم الطب ووصل إلى علاج كثير منها، فلا يبقى ما يمكن علاجه الآن مخيفاً فالسل ـ مثلاً ـ كان يعتبر من الأمراض القاتلة الفتاكة سابقاً، أما الآن فقد أصبح علاجه سهلاً في المجتمعات المتقدمة، ولذلك لا بدَّ من مراعاة العصر الذي نحن فيه، مع مراعاة الحالة النفسية للمريض، والمجتمع الذي يعيش فيه، وهذا ما لم يغفل عنه فقهاؤنا العظام حيث أناطوا هذا الحكم بأهل العلم بالطب[5].

والرجح هو تقييد المرض بكونه خطراً لأنَّ الإنسان لا يخلو في الغالب من الأمراض، وإذا قلنا بمطلق المرض فسوف يؤدي إلى تقييد حرية الإنسان بدون داع معتبر مع أنَّ الأصل حريته وحرية إرادته دون تقييد، ومن جهة ثانية أنَّ الحكمة من هذا التقييد حين وجود مرض الموت هو وجود الخوف الذي يعتمل في قلبه بحيث ييأس من

---

(١) جامع الفصولين (٢/١٧٣). وقال: وهذا التفسير ضعيف.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والأم (٤/٣٥)؛ والمهذب (١/٤٥٣)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٥)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٢٨).

(٣) جامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (٣/١٥٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والمهذب (١/٤٥٣)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٤)؛ والمصادر السابقة.

(٤) شرائع الإسلام (٢/٢٦١).

(٥) المصادر السابقة، ثمَّ إنَّ الكثيرين على أنَّه لا يقبل إلَّا قول طبيبين مسلمين عادلين، لأنَّه يتعلق به حق الوارث، واصل الـعطايا، وذهب اتجاه تبناه الخرقي من الحنابلة إلى الاكتفاء بقول طبيب واحد عدل إذا لم يتوفرطبيبان.

انظر: المهذب للشيرازي (١/٤٥٣)؛ والغاية القصوى (٢/٧٠٠)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٥)؛ والمصادر السابقة.

الحياة ولا يهتم بماله نتيجة لما هو فيه من مرض وألم فلا يستبعد أن يتصرف تصرفاً يضر بورثته أو دائنيه، ولذلك أجاز الشرع تصرفاته النافعة دون قيد وشرط، وهذا الخوف لا يتحقق في كل مرض بل إنما يتحقق عند الخوف من الموت نتيجة إصابته بهذا المرض الخطير الذي لا يرجو منه الشفاء، بل يكاد ييأس من الحياة[1].

والعنصر الثاني:

أن يتصل بهذا المرض الموتُ، أي يستمر مرضه الخطير إلى أن يموت منه، ولهذا لو برأ من مرضه المخيف فأنشأ عقوداً وتبرعات ثمَّ مات بعد ذلك لا يعتبر في حكم المريض مرض الموت، وذلك لأنَّ برءه قد أعاده إلى حكم الصحيح[2].

وقد يثور التساؤل حول مدى اشتراط كون الموت بسبب هذا المرض الخطير نفسه بحيث لو مات بغيره لم يعتبر مريضاً المرضِ الموتُ، مثل أن كان مصاباً بسرطان الدم فأعطى وأنشأ عقوداً ثمَّ قتله واحد فهل يكون حكم تصرفاته مثل تصرفات المريض الذي مات بمرضه؟ وبعبارة موجزة هل يشترط أن يكون موته بمرضه المخيف أو في مرضه المخيف؟

وللجواب عن ذلك اختلف الفقهاء فجمهور القائلين بأثر مرض الموت ذهبوا إلى أنَّه لا يشترط ذلك بل يكتفي أن يهلك في مرضه المخيف سواء كان به أو بغيره[3].

وذهب رأي ضعيف ـ وهو رواية عن الحنفية لكن ليست من ظاهر الرواية تبناه

---

(١) وهذا ما أخذت به محكمة الاستئناف في ١٩٢٧/٥/٢٩ المشار إليه في الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٥٠). حيث نصت على أنَّ هذه الحال النفسية وما اعترى إبراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه ولا زالت تشتد حتى وفاته «هي التي جعلته يتجرد، وهو في السن الأربعين سن النضوج الحقيقي جسماً وعقلاً وإدراكاً وإحساساً، من كل ما يملك أطياناً ومنقولات وأطياناً وديوناً وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة والقنوط منها... وهذا التصرف في ذاته والخروج عن كل ما يملكه أكبر دليل يقطع في التدليل على مرض الموت ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف... في حالة اعتيادية وفي حالة مرض بسيط، ولكن أذا اشتدت وطأة المرض، وشعر بدبيب الهلاك إلى جسمه تولاه عندئذٍ اليأس وخرج عن الحياة بما تمليه عليه رغباته وهي متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض، وبعضها الآخر لمن حوله».

(٢) المصادر السابقة، وراجع: المغني لابن قدامة (٨٤/٦)؛ وبدائع الصنائع (٢٠٧٠/٤).

(٣) المصادر السابقة، وراجع: جامع الفصولين (١٧٤/٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٧/٣)؛ والمهذب (٤٥٣/١)؛ والمغني لابن قدامة (٨٤/٦ وما بعدها).

عيسى بن أبان ـ إلى أنَّه يكون حكمه حكم الصحيح فتنفذ جميع تصرفاته[1].

والرجح الرأي الأول، لأنَّ الأمر منوط بالخوف الذي يتحقق في قلب المريض، وهذا قد تحقق، كما أنَّ العبرة بكون المرض مخيفاً واتصال الموت به، أما كونه به أم بغيره فليس مما يتعلق به الحكم، وذلك لأنَّ السبب الحقيقي للموت، هو الله تعالى وما المرض والقتل إلَّا علامات ظاهرة لا غير ثمَّ إنَّ حدوث قتل بعد المرض المخيف لا يدل على أنَّ المريض قد مات به فقط دون المرض، لأنَّه يحتمل أنه لو يكن مريضاً بهذا المرض كان قد تحمل الإصابة ولا يموت بها، إذن فلا يتعين أنه مات بها دون المرض.

معيار مرض الموت:

ومن خلال العرض السابق نصل إلى أنَّ معيار مرض الموت نفسي قائم على مقدمات مادية، وهو الخوف من الهلاك الذي يؤدي إلى اليأس من الحياة الناشيء من مرض خطير مخيف، ويؤدي بالفعل إلى الموت فيه، كما أنَّ هذا المعيار شخصي ـ أي يراعى فيه حالة الشخص وعصره الذي يعيش فيه، والمجتمع الذي يحيى فيه، فمثلاً حتى في هذا العصر فإنَّ بعض المجتمعات لم يصل إليها الطب المتقدم فلا تزال بعض الأمراض التي لا تعد خطيرة في المجتمعات المتقدمة تعتبر خطيرة، كما أنَّ جنس الشخص أو عمله له أثر في ذلك أيضاً فقد ذكر الفقهاء الفرق بين الرجل، والمرأة، وبين الفقيه، والسوقي، ونحو ذلك.

والدليل على اعتبار الخوف هو المعيار أو العلة نصوص الفقهاء أنفسهم فقد ذكروا أنَّ العلَّة في ذلك خوف الهلاك، كما أنَّهم يعرفون مرض الموت نفسه بأنَّه ما يظهر معه خوف الهلاك، كما يذكرونه عند تعليلاتهم، أو إلحاق بعض أمراض بالمرض الخطير بجامع خوف الهلاك[2]، بل أكثر من ذلك دلالة على اعتبار هذا العنصر النفسي هو ما ذكره الجمهور من أنَّ المرض المخيف كالسل ـ مثلاً ـ إذا طال فترةً قدَّرها بعضهم بسنة[3] ـ لا يعتبر مرض الموت الذي تتغير به الأحكام، وذلك لأنَّ المريض

---

(١) جامع الفصولين (٢/١٧٢).

(٢) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣/١٥٥)؛ وجامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والمهذب (١/٤٥٤)؛ والغاية القصوى (٢/٧٠٠)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٤ ـ ٨٧).

(٣) جامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ وأحكام المرض ص (٢١٢)؛ وجمل الأحكام للناطفي ص (٤٠٦)؛ وفتح القدير (٣/١٥٥).

يتعود حينئذٍ على مرضه ويهون عليه فيزول عنه الخوف من الهلاك[1]، ولذلك يقول ابن قدامة «ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام»[2].

الحالة الثانية ـ الاشتراك في الحرب:

ويندرج تحته المقاتل المبارز للقاء قرينه وهذا ما عليه الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعي في أحد قوليه[5] والحنابلة[6] وعليه الأوزاعي والثوري ومكحول[7] بناء على أنَّ الخوف في هذا أكثر من مرض الموت، في حين اتَّجه القول الثاني للشافعي إلى أنَّ السبب لم يتحقق بعد وهو المرض أو الجرح الخطير، أي لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت وهذا مردود، لأنَّ الخوف يتحقق عند ذلك أكثر، لأنَّ المرض مهما كان لا ينقطع أمله عن البرء، كما أنَّ المرض يطول معه في حين أنَّ القتل عند اللقاء بمن هو قرينه محدق به مباشرة.

ويندرج تحته كذلك المقاتل في الصفوف القتالية المواجهة للعدو الملتحمة معه، ولم تتبين بعد الفئة المنتصرة أو تبينت وهو من الفئة المهزومة، عند المالكية[8] والشافعي في أحد قوليه[9] والحنابلة[10] وعليه الأوزاعي والثوري ومكحول[11] وذلك لأن توقع الهلاك هنا كتوقع الهلاك من مرض الموت أو أكثر فوجب أن يلحق به، أو لأنَّ المرض إنَّما يؤثر لأنَّه يؤدي إلى خوف صاحبه من التلف، والالتحام في القتال يفضي إلى هذا الغرض نفسه.

وذهب الحنفية[12] والشافعي في أحد قوليه إلى أنَّه لا يعتبر في حكم المريض

---

(١) المصادر السابقة أنفسها، وراجع: بدائع الصنائع (٤/٢٠٧٠).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/٨٨).

(٣) جامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ والهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٣/١٥٥).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/٣٠٤).

(٥) المهذب (١/٤٥٤).

(٦) المغني لابن قدامة (٦/٨٧)؛ والروض المربع (٦/٢٨).

(٧) المغني لابن قدامة (٦/٨٧).

(٨) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٠٦).

(٩) المهذب (١/٤٥٤)؛ والغاية القصوى (٢/٧٠٢).

(١٠) المغني لابن قدامة (٦/٧٨).

(١١) المغني (٦/٨٧).

(١٢) جامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ وفتح القدير (٣/١٥٥).

مرض الموت، بناء على أنَّ الغالب منه السلامة أو أنَّ السبب لم يتحقق بعد.

الحالة الثالثة:

المحكوم عليه بالإعدام أو المسوق للقتل سواء كان قصاصاً، أو حداً أو ظلماً خلافاً للشافعي في أحد قوليه ما لم يجرح[1].

الحالة الرابعة:

الأسير في يد الكفار الذين يقتلون الأسرى خلافاً للشافعي في أحد قوليه[2].

وكذلك المحبوس لدى الظالم ـ سواء كان حاكماً أو غيره ـ الذي اشتهر بقتل المحبوسين دون محاكمة أو بعد محاكمة صورية سواء كانت تحت اسم: محكمة الثورة، أو المحكمة العسكرية، أو العرفية، كالمحاكم الصورية التي تشكل عند فشل انقلاب عسكري، حيث يعدم كل من يتهم بالاشتراك فيه، فيكون حكم هؤلاء المتهمين في مثل هذه الظروف حكم المريض مرض الموت وهذا ما ذهب إليه جمهور القائلين[3] بتأثير مرض الموت في التصرفات أي عدا الشافعي في أحد قوليه[4]. فقد روى أنه لما حبس الحجاج بن يوسف الثقفي أياس بن معاوية قال الحسن البصري «ليس له من ماله إلاَّ الثلث»[5]، وذلك لما عرف عن الحجاج من قسوة وشدة، وقتل من يحبسه في الغالب ولا سيما إذا توجس منه خيفة، ولذلك عد الحسن البصري رحمه الله المحبوسين لدى الحجاج في حكم المريض مرض الموت.

وأما الأسير لدى من لا يقتل الأسرى، والمحبوس لدى من لا يقتل المحبوسين فلا يكون حكمهما حكم المريض مرض الموت، لأنَّ العلَّة خوف الهلاك قال ابن قدامة: «لأنَّ مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض، ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به..»[6].

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٣/١٥٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والمهذب (١/٤٥٤)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٧)؛ وبقية المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة أنفسها.

(٤) المهذب (١/٤٥٤)؛ والغاية القصوى (٢/٧٠٠).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/٢٠٥)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٨).

(٦) المغني (٦/٨٨).

الحالة الخامسة:

راكب البحر الذي تموج به الأمواج وتضطرب، ويأتيه الموج من كل جهة وتهب عليه الريح العاصف ويحاط به حتى يظن أنه لا نجاة له مما هو فيه إلّا إذا أراد الله، فهذا أيضاً في حكم المريض مرض الموت في تصرفاته القولية عند جمهور القائلين به ما عدا قولاً للشافعي[1].

الحالة السادسة:

الحامل فهي تكون مثل المريض مرض الموت إذا جاءها الطلق الشديد ثم تموت، عند الجمهور[2] بل ذهب المالكية والحنابلة ـ ما عدا أبا الخطاب ـ إلى أن الحامل إذا صار لها ستة أشهر تكون في حكم المريض مرض الموت[3].

وذهب إسحاق إلى أن الحامل تكون في حكم المريض مرض الموت إذا أثقلت[4].

وذهب الشافعي في أحد قوليه[5] إلى أن الحامل كالصحيح مطلقاً وهذا قول القاسم والحسن البصري والنخعي ومكحول والزهري[6].

والذي نرى رجحانه هو أن العبرة بحالة الحامل نفسها فإن كانت في حالة الطلق خائفة على نفسها خوفاً أكدته شدة الطلق، وطول مكث الولد وصعوبة الخروج فهي تعتبر كالمريض مرض الموت، أما إذا كان الطلق عادياً فلا تلحق به، ويعود الأمر هنا إلى حالة المجتمع الذي تعيش فيه من حيث تقدم الطب وغيره فالمعيار كما سبق هو

---

(١) جامع الفصولين (٢/١٧٣)؛ وفتح القدير (٣/١٥٥)؛ ومختصر الطحاوي (ص ١٥٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والمهذب (١/٤٥٤)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٨).

(٢) وهذا ما عليه جماعة من التابعين منهم النخعي ومكحول ويحيى ابن سعيد الأنصاري، وبه قال الأوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر.

انظر: مختصر الطحاوي ص (١٥٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والمهذب (١/٤٥٣)؛ وسنن الدارمي (٢/٢٩٦)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٦).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٦)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٦).

(٤) المغني لابن قدامة (٦/٨٦).

(٥) المهذب (١/٤٥٣).

(٦) المحلى لابن حزم (٩/٢٠٤)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٦).

غلبة الخوف بحيث تظن ظناً غالباً بأنها تموت بهذه الحالة، فالحمل أو الطلق من حيث هو ليس مما يؤثر في التصرفات القولية، وإنما التأثير يعود إلى ما تحدثه هذه الحالة في نفس الحامل من خوف الهلاك أو عدمه، ولذلك حتى لو وضعت الطفل لكن بقيت معها المشيمة، أو مات الجنين في بطنها وقرر الأطباء خطورة ذلك، مثلاً خطورة بالغة وخافت هي فعلاً عن الهلاك فهي في حكم المريض مرض الموت[1].

أثر مرض الموت، وما الحق به في الرضا:

قبل أن نذكر آراء الفقهاء في هذا الأثر لا بد أن نشير إلى أنه لا خلاف بينهم في أن المريض مرض الموت ومن ألحق به يعتبرون كاملي الأهلية وجوباً وأداء، وأن عبارتهم صالحة لجميع التصرفات، وذمتهم تتعلق بها الحقوق والواجبات، وأن المرض في حد ذاته لا ينافي أهلية التحمل والأداء، ذلك لأن مناط الأهلية الكاملة ـ كما سبق ـ هو العقل والرشد وهما متوافران في هؤلاء[2]، أما إذا كان هناك خلل فيهما فهذا شيء آخر. غير أن الفقه الإسلامي انطلاقاً من نظرته إلى الواقع وإلى الطبائع البشرية والنفسية، قد أخذ بنظر الاعتبار أن مرض الموت ونحوه يؤدي إلى الموت وينتهي به ومن ثمة العجز المطلق الذي يترتب عليه جعل ذمة الميت غير صالحة لقيام حقوق غيره بها وخلافة الوارث والغريم عنه فيما كان يملك من الأموال ولا سيما أن أهية الملك لا تبطل بالموت، فيخلفه أقرب الناس إليه، والذمة تخرب بالموت فيصبح المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولاً به فيخلفه الغريم في المال[3]. ثم لما كان المرض الخطير ـ أو نحوه ـ الذي أفضى إلى الموت بالفعل هو سبب الموت في الظاهر غدا حق الغرماء والورثة متعلقاً[4] بالتركة من حين حدوث السبب، لأن الحقوق تضاف إلى أسبابها، وما الموت إلا نهاية المطاف للمرض، فهو في الواقع الظاهر يبدأ مع المرض الخطير الذي

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/٨٦).

(٢) المصادر السابقة جميعها؛ وراجع منها: تيسير التحرير (٢/٢٧٧)؛ والتلويح على التوضيح (٢/٣٥٠)؛ وفتح الغفار (٣/٩٦)؛ والشيخ أبا زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٥٥).

(٣) تيسير التحرير (٢/٢٧٧)؛ وجامع الفصولين (٢/١٨١).

(٤) اختلفت وجهات نظر الحنفية في تكييف علاقة حق الورثة بمال المريض إذا مات من مرضه فذهب متقدموهم إلى أن حق الوارث حق ملكية من كل وجه، ويتبين ذلك الحق بظهور أن المرض مرض الموت، لأنه إذا مات المريض ثبت الملك مستنداً إلى وقت ثبوت المرض، فقبل الموت كانت الملكية ثابتة عن طريق الاستناد أو ما يعبر عنه الفقه الوضعي بالأثر الرجعي، والفرق بين الرأيين هو أن القول الأول يدل على أن مرض الموت كاشف من إرثية الورثة والأعيان، والقول الثاني يجعل الموت كاشفاً، وسبباً للإرث بالخلافة عن المورث، ولكن الملكية تثبت مستندة إلى أول ظهور =

يحدث ـ بقدرة الله ـ آلاماً في الجسم وضعفاً في القوى، واضطراباً في الأجهزة، ثم انهياراً للبنات العمر واحدة تلو الأخرى إلى أن تتهاوي جميعها، فما الموت للمريض إلا كشجرة نخرت الأمراض ما بداخلها، فتتساقط أوراقها، وتيبس أغصانها شيئاً فشيئاً إلى أن تأتي عليها الرياح فتسقطها. قال العلامة النسفي: «ولما كان الموت عجزاً خالصاً كان المرض من أسباب العجز، . . . ولما كان الموت علة الخلافة كان المرض الذي اتصل به من أسباب الحجر بقدر ما يتعلق به صيانة الحق»[1] ومن هنا أصبحت ذمة المريض مرض الموت ـ أو نحوه ـ لا تتمتع بمثل ما تتمتع به ذمة الصحيح، فلا تصلح لتعلق الديون بها، بل تتعلق بأمواله وتبدأ عناصر الخلافة تطفح على السطح، وتتعلق حقوق الورثة بملك المريض وإن كان هذا التعلق يختلف عن تعلق حق الدائن به، حيث يتعلق حق الدائنين بمال المريض جميعه لكن لا بعينه بل من حيث المعنى والغرض فقط ولذلك يجوز للورثة أن يأخذوا عين المال ويعطوا الدين من أموالهم[2].

= أعراض الفناء وهو وقت حلول المرض وقد استدل المتقدمون بقوله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم» رواه أحمد وغيره، وجه الاستدلال به أنه يدل على أنه استبقى لهم في ثلث أموالهم رحمة منه وإشفاقاً إذن فالثلثان الآخران ينتقلان إلى الورثة، ويؤكد هذا المعنى قول الصديق لعائشة رضي الله عنهما: «. . . وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال الوارث» رواه مالك، وبالإجماع على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ في أكثر من الثلث في حق الأجانب إلا بإجازة الورثة فهذا دليل على أن المال قد تحول إليهم منذ مرضه. واستدل المتأخرون بأنه لو كان الأمر كما يقول هؤلاء لكان الشخص الذي ليس له حق الإرث من مورثه وقت مرضه ثم يصبح وارثاً قبيل موته لم يكن له إرث لعدم تعلق حقه منذ بداية مرضه، وهذا الخلاف نظري بحت لتكييف الأحكام الفقهية المترتبة على المرض والموت، ومن هنا فالقول بإعطاء الوارث حقاً في مال المريض حال حياته على الرغم من أنه فرض وأمر اعتباري أظهر في استقامة منطق الأحكام وتنسيق المبادىء الفقهية، لأنه كأن له الحق في إجازة بعض التصرفات التي أنشأها الميت في مرض موته، وفي عدم إجازتها غير أن هذا الحق يعارضه حق الميِّت حال مرضه، إذن لا بدّ أن يقدر في أدنى صورة لأن الأمور الفرضية لا تقدر إلا بمقدار الضرورة الفكرية التي تضطر الباحث إلى فرضها.

انظر: الحديث في مسند أحمد (٦/٤٤١)؛ والأثر في الموطأ ص (٤٦٨).

ويراجع للحكم الفقهي: جامع الفصولين (٢/١٨٠ ـ ١٨١)؛ والشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٥٧).

(١) التلويح على التوضيح (٢/٣٥٠ ـ ٣٥٢)؛ والمنار مع شرحه فتح الغفار (٣/٩٦)؛ وتيسير التحرير (٢/٢٧٧ ـ ٢٧٨).

(٢) المصادر السابقة أنفسها.

وأما حقوق الورثة فهي تتعلق بعين المال نفسه، لأنهم بمثابة امتداد طبيعي للميت ويكون بعد أداء الديون، قال تعالى: ﴿ مِنْ بعدِ وصية يُوصى بها أو دَيْن ﴾[1]. غير أن أثر مرض الموت ـ وما ألحق به ـ في الرضا والإرادة يظهر من خلال الخوف الناشىء لصاحبه عن هذا المرض الخطير الذي يكاد ييأس من الحياة فلا يهتم بأمواله وهو يعيش في هذه الحالة، فمن هنا يتأثر رضاه في التصرفات فلا يبحث عما هو الأصلح لأمواله التي جعلها الله تعالى قياماً للمجتمع، لأنه بسبب انشغاله بمرضه وآلامه، أو خوفه من الهلاك ينسى هذه الأمور أو لأنه ليأسه من أن يتمتع بأمواله مرة أخرى يقوم بتبرعات لأشخاص يحبهم، ويحرم بذلك المستحقين الحقيقيين من الورثة والدائنين، وبالجملة فلا يمكن إنكار أن رضاه في القوة والطلاقة ليس كرضا الصحيح الذي يطمع في البقاء ويطلب المزيد.

هذا وقد اختلف الفقهاء في مدى أثر ذلك في التصرفات القولية فذهب ابن حزم الظاهري إلى أن الخوف من الهلاك بمرض أو بغيره ليس له أي أثر في التصرفات فقال: «والمريض مرضاً يموت منه أو يبرأ، والحامل مذ تحمل إلى أن تضع أو تموت، والموقوف للقتل بحق في قود أو حد، أو بباطل، والأسير عند من يقتل الأسرى أو من لا يقتلهم، والمشرف على العطب، والمقاتل بين الصفين... كلهم سواء وسائر الناس في أموالهم، ولا فرق في صدقاتهم وبيعهم وعتقهم وهباتهم، وسائر أموالهم»[2].

وذهب داود الظاهري وأصحابه ـ ما عدا ابن الحزم ـ إلى مثل قول ابن الحزم إلا في العتق خاصة، حيث قالوا: إن عتق المريض خاصة دون الحامل ونحوها ممن أُلحق بالمريض لا ينفذ إلا من الثلث سواء أفاق من مرضه، أو مات منه، فعلى هذا فداود الظاهري خصص العتق دون سائر التصرفات، كما أنه خصص المريض دون من يلحق به بهذا التقييد لكنه عمم المرض بكل مرض وسواء كان مات منه أم لم يمت[3].

وذهب جمهور الفقهاء: الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7]

(١) سورة النساء: الآية ١١.
(٢) المحلى لابن حزم (٢٠٣/٩).
(٣) المحلى (٢٠٣/٩).
(٤) جامع الفصولين (١٧٧/٢)؛ ولسان الحكام لابن الشحنة الحنفي ص (٣٧٢).
(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٦/٣)؛ وشرح الخرشي على المختصر (٣٠٤/٥).
(٦) المهذب (/٤٥٣)؛ والغاية القصوى (٧٠٠/٢).
(٧) المغني بن قدامة (٧١/٦)؛ والروض المربع (٣٢/٦).

والإمامية[1] إلى تقييد سلطان رضا المريض مرض الموت[2] ومن ألحق به إذا مات فيه تقييداً مستنداً إلى أوله، أي يظهر هذا التقييد بعد الموت لكنه بأثر رجعي إلى أول المرض المخيف، أو ظهور الخوف من الهلاك في الحالات الأخرى ـ كما سبق ـ وذلك على ضوء ما نذكره بإيجاز دون الولوج في التفصيلات الفرعية الدقيقة وهو أن التصرفات التي قام بها هؤلاء أثناء مرضهم ـ أو نحوه ـ إما تصرفات مالية، أو شخصية، فإن كانت مالية فإما أن تكون من قبيل التبرعات المحضة، أي ما يؤدي إلى إزالة الملك أو اليد مجاناً من غير وجوب مقابل[3] كالهبات المقبوضة والعطايا وكالعتق والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال ونحوها أو من قبيل المعاوضات المحضة كالبيع والشراء والإجارة والرهن ونحوها.

وأما التصرفات الشخصية فهي ما كان يتعلق بالشخص نفسه من حيث هو وبعبارة أخرى ما كان المال ليس مقصوداً فيه لذاته كالنكاح والطلاق والخلع الظهار والإيلاء ونحوها، فتلك أنواع ثلاثة نذكر أحكام كل نوع منها كالآتي:

النوع الأول: التبرعات المحضة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن تبرعات المريض ومن ألحق به إن كانت معلقة على ما بعد الموت، أو على شيء يتحقق بعد الموت فهي تأخذ حكم الوصية[4] وتكون من

---

(١) شرائع الإسلام (٢/٢٦١).

(٢) غير أن الإمامية لم يقيدوا المرض بكونه خطيراً بل بكونه مرضا أعقبه الموت فقط.
انظر: شرائع الإسلام (٢/٢٦١)؛ ومفتاح الرامة (٥/٢٩٦).

(٣) قال الإمام الشافعي: «وجماع ذلك ما وصفت من أن يخرج من ملكه شيء بلا عوض يأخذه الناس من أموالهم في الدنيا، فالهبات كلها، والصدقات، والعتاق ومعاني هذه كلها هكذا، فما كان من هبة أو صدقة أو ما في معناها لغير وارث ثم مات فهي من الثلث».
انظر: الأم (٤/٣٠)؛ والغاية القصوى (٢/٧٠٠)؛ ونهاية المحتاج (٦/٥٧)؛ والنهاية العظمى، مخطوطة بمكتبة السليمانية بالعراق، ورقة (١٨٤).

(٤) إن العطايا في مرض الموت ونحوه نتفق مع الوصية في خمسة أشياء وتفارقها فـي ستة، أما الخمسة التي تتفق فيها عطاياه مع الوصية فهي:
١ ـ أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة.
٢ ـ وأنها تكون من الثلث.
٣ ـ أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة.
٤ ـ أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث.
=

الثلث بعد أداء الدين، وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة[1]. وإنما الخلاف في تبرعاته المنجزة بأن قصد تنفيذها في الحال أو نفذها بالفعل ثم مات من مرضه الذي أحدثه فيه هذا التبرع فهذه تكون من الثلث عند جمهور الفقهاء[2] وعليه جماعة من التابعين منهم الحسن البصري ويحيى بن سعيد والحارث العكلي[3] والقاضي شريح والنخعي وعطاء قتادة وسعيد بن المسيب وأبان بن عثمان وسليمان بن موسى ومكحول والقاسم بن محمد والشعبي والزهري وغيرهم[4]. أما إذا برأ المريض أو نجا من الحق به فإن تصرفاته كتصرف الصحيح.

= ٥ ـ إن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله، ولا بعده.

وأما الستة التي تفارق فيها عطاياه الوصية فهي:

١ ـ أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت، لأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة، لا لحقه، فلم يملك إجازتها ولا ردها، في حين له الحق في الرجوع عن الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية، وأما العطية في حالة المرض أو نحوه فإنها قد وجدت بالفعل، غير أنه بعد الموت يحق للورثة أن لا يجيزوا ما زاد عن الثلث.

٢ ـ إن قبول عطية المريض ونحوه على الفور في حالة حياة المعطي وكذلك ردها، والوصية لا حكم لقبولها، ولا لردها إلا بعد الموت، وذلك لأن الوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت في حين أن عطيته تبرع في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده فلا بد من القبول لتلزم به.

٣ ـ أن العطية تفتقر في صحتها إلى العلم وعدم تعليقها على شرط وغرر في غير العتق، وأما الوصية فلا تحتاج إلى ذلك.

٤ ـ إن عطية المريض ونحوه تقدم على الوصية إلا في العتق حيث تقدم الوصية بالعتق على عطيته لتشوف الشارع إليه عند الجمهور.

٥ ـ أن العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء بالأول فالأول عند الكثيرين.

٦ ـ أن الواجب إذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاؤوا قبضوا وإن شاؤوا منعوا، وأما الوصية فتلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم.

انظر: المغني لابن قدامة (٦/٧٢ ـ ٧٤)؛ والمصادر السابقة، والروض المربع (٦/٣٦).

(١) المصادر السابقة؛ والمحلى لابن الحزم (٩/٢٢٢)؛ وبداية المجتهد (٢/٣٢٧)؛ والعدة شرح العمدة، ط. السلفية بالقاهرة ص (٢٨٦).

(٢) المصادر السابقة للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية.

(٣) فقد روى عنهم الدارمي بسنده في سننه (٢/٢٩٦).

(٤) ذكر هذه الروايات عنهم ابن حزم في المحلى (٩/٢٠٣، ٢٠٦).

النوع الثاني: المعاوضات المحضة:

لقد ذكر الفقهاء تفصيلات دقيقة، وتفريعات كثيرة وقع في بعضها خلاف بينهم[1] لا يسمح بحثنا هنا بالخوض فيها ولذلك سنقتصر على بعض قواعدها العامة التي تلم شتاتها، وتجمع متفرقاتها وهي: أنها إن تمت بمحاباة[2] أو بغبن فاحش[3]، مثل أن يبيع ما قيمته مائة جنيه ـ مثلاً ـ بعشرة جنيهات أو يشتري ما قيمته عشرة جنيهاً بثلاثين جنيهاً ـ مثلاً ـ أو نحو ذلك، فما جاوز ثمن المثل يكون حكمه حكم الهبة والوصية فيصح من الثلث، وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة، فإن لم يُجِزْه يكون للمشتري، أو البائع الخيار بين دفع ثمن المثل، أو الفسخ، هذا إذا لم تكن المحاباة مع الورثة، أما إذا كانت معهم فلا يصح، لأن ذلك في حكم الوصية، ولا وصية لوارث[4]، وإن كانت خالية من المحاباة والغبن الفاحش بأن كانت بثمن المثل، أو بما يتغابن أهل المصر بمثله صح العقد، وينفذ في أصل المال[5]. غير أن أبا حنيفة لم

(١) راجع تفصيل ذلك في: جامع الفصولين (٢/١٧٨ ـ ١٨٦)؛ وأحكام المرضى لابن خليل الحنفي ص (٢٦١ ـ ٣٨٦)؛ وجمل الأحكام للناطفي ص (٤٠٦)؛ فقد ذكروا أحكام بيع المريض مرض الموت وإجارته ووكالته وكفالته ومضاربته ومزارعته وكل تصرفاته القولية والفعلية وما يدور حولها من آراء.

وراجع المصادر السابقة أيضاً؛ والشيخ أبا زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٦٢ ـ ٣٧٠).

(٢) المحاباة هي أن يؤثر المريض شخصاً فيبيعه ماله بشيء رمزي، أو يتزوج امرأة مهر مثلها مائة فيصدقها ألفاً مثلاً.

انظر المغني لابن قدامة (٦/٩٢ ـ ٩٥)؛ والمصادر السابقة.

(٣) قال الإمام الشافعي في الأم (٤/٣٠ ـ ٣١): «فإذا باع المريض ودفع إليه ثمنه أو لم يدفع حتى مات فقال ورثته: حاباك فيه، أو غبنته فيه نظر إلى قيمة المشتري يوم وقع البيع، والثمن الذي اشتراه به، فإن كان اشتراه بما يتغابن أهل المصر بمثله كان الشراء جائزاً من رأس المال، وإن كان اشتراه بما لا يتغابن الناس بمثله كان ما يتغابن أهل المصر بمثله جائزاً من رأس المال، وما جاوزه جائزاً من الثلث، فإن حمله الثلث جاز له البيع، وإن لم يحمله الثلث قيل للمشتري لك الخيار في رد البيع. . .».

(٤) جامع الفصولين (٢/١٧٩)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٠٧)؛ والأم (٢/٣٠ ـ ٣١)؛ والغاية القصوى (٢/٧٠٠)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٩٢)؛ وقد روى الدارمي بسنده عن الحارث العكلي أنه قال: «ما حابى به المريض في مرضه من بيع وشراء فهو في ثلثه قيمة عدل». سنن الدارمي (٢/٢٩٦).

(٥) المصادر السابقة؛ قال ابن قدامة في المغني (٦/٨٣)، «لا نعلم فيه خلافاً»، أي بالنسبة إذا كان البيع أو الشراء مع الأجنبي.

يجز تعامله مع الورثة مطلقاً بناء على أن حق الورثة قد تعلق بأعيان التركة ففي إعطائه عيناً منها ولو بالقيمة فيه معنى الإيثار والوصية[1]. ثم إن الحنفية قالوا: إذا باع المريض مرض الموت ـ أو نحوه ـ وعليه دين يحيط بماله لم يصح العقد أجازه الورثة أم لا، بل المشتري بالخيار إن شاء أتم القيمة، وإن شاء فسخ العقد، أما إذا لم يكن عليه دين صح بقدر الثلث[2].

ومما هو جدير بالتنويه به هو أن هذا التقييد بالثلث إنما هو في غير نفقته، وحاجاته التي لا يستغنى عنها، وأدويته التي يصفها الطبيب لعلاجه، أما هذه أو ما يتطلب منها إلى تعامل فتكون من أصل المال[3].

النوع الثالث: التصرفات الشخصية سواء ترتب عليها مال أم لا، مثل النكاح والطلاق، والخلع، والرجعة، والإقرار، وسنذكر أحكام كل منها بإيجاز:

١ ـ النكاح: ينعقد نكاح المريض مرض الموت ـ ومن ألحق به ـ نافذاً غير متوقف على إجازة أحد حتى لو مات من مرضه لم يكن لورثته نقض نكاحه، لأنه من الحوائج الأصلية التي تقدم على حقوق الورثة، ومن التصرفات التي ليس المال فيها مقصوداً لذاته، ثم إن تم العقد بمهر المثل أو أقل منه لزمه ويكون من أصل المال، وإن زاد، فما زاد على مهر المثل يأخذ حكم التبرع فيكون من الثلث[4]، وذهب المالكية إلى أن المهر حينئذ يكون من الثلث ولو كان أقل من مهر المثل، لأن النكاح من التبرعات عندهم[5].

٢ ـ الطلاق: لا خلاف بين الفقهاء في أن طلاق المريض مرض الموت ونحوه صحيح نافذ كما أن رجعته صحيحة، وإنما الخلاف في أنه إذا طلق زوجته المدخول بها[6]

---

(١) جامع الفصولين (٢/١٧٨ ـ ١٧٩)؛ وراجع الشيخ أبا زهرة، المصدر السابق ص (٣٦٨).

(٢) جامع الفصولين (٢/١٧٩).

(٣) جامع الفصولين (٢/١٧٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٠٧)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٣).

(٤) جامع الفصولين (٢/١٧٠)؛ والمهذب (١/٤٥٣)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٨٣).

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٠٧).

(٦) أما إذا كانت غير مدخول بها فالجمهور على أنها ليس لها ميراث ولا عليها عدة، بل لها نصف الصداق، أي يكون طلاقه منها كطلاق الصحيح. وذهب مالك إلى أن لها الميراث ونصف الصداق، وعليه رواية لأحمد. =

طلاقاً بائناً[1] دون رضاها[2]، ثم مات من هذا المرض، أو في تلك الحالة المخوفة هل ترثه أم لا؟ وإذا كانت ترثه هل في العدة أم بعدها أيضاً؟ وهذه المسألة مشهورة بين الفقهاء بطلاق الفارِّ[3].

فذهب أبو حنيفة وأصحابه[4]، والشافعي في أحد أقواله القديمة[5]، وأحمد في إحدى رواياته[6] إلى أنها ترثه ما دامت لم تنقض عدتها منه، وهذا مروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال عروة وشريح والحسن البصري والشعبي[7] والنخعي والثوري[8].

وذهب أحمد في أشهر رواياته[9] والشافعي في أحد أقواله القديمة[10] إلى أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج من شخص آخر روي ذلك عن الحسن، وهو قول عثمان البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن

= انظر: الموطأ ص (٣٥٤)؛ والأم (٥/٢٣٦)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٣٣١ - ٣٣٢)، والمصادر السابقة.

(١) أما الطلاق الرجعي فلا يسقط التوارث ما دامت في العدة سواء كان في مرض أو في صحة، قال ابن قدامة: لا نعلم في ذلك اختلافاً. انظر: المغني (٦/٣٢٩).

(٢) أما إذا كان الطلاق برضاها بأن طلبت هي الطلاق فلا يسمى طلاق الفارِّ فلا ترث حينئذ.
انظر: جامع الفصولين (٢/١٧٠)؛ وفتح القدير (٣/١٥٥)؛ والقوانين الفقهية ص (١٩٧)؛ والروضة (٨/٧٥)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٣٢٩).

(٣) سمى فاراً، لأن الزوج يفر من ميراث زوجته منه ويحاول وهو في مرض الموت أن يحرمها منه، لكن الشرع يعاقبه على ذلك فيعامله بنقيض قصده، لأن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.
راجع المغني لابن قدامة (٦/٣٢٩)؛ والمصادر السابقة؛ وحاشية ابن عابدين (٣/٣٨٥).

(٤) جامع الفصولين (٢/١٧٢)؛ وأحكام المرضى ص (٢١٣)؛ والبحر الرائق (٤/٥٠).

(٥) مختصر المزني (٤/٧٤)؛ والأم للشافعي (٥/٢٣٥)؛ والروضة (٨/٧٢).

(٦) المغني لابن قدامة (٦/٣٣٠).

(٧) ذكره البخاري في صحيحه عن الشعبي. انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٩/٣٦١).

(٨) المغني لابن قدامة (٦/٣٣٠).

(٩) بل قال أبو بكر الحنبلي: لا يختلف قول أحمد في المدخول بها إذا طلقها المريض أنها تر ثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج.
انظر: المغني لابن قدامة (٦/٣٣٠).

(١٠) الأم (٥/٢٣٥)؛ والمختصر (٤/٨٤).

ومالك في أهل المدينة[1].

وذهب مالك[2] والشافعي في أحد أقواله القديمة[3] إلى أنها ترثه مطلقاً سواء انقضت عدتها وتزوجت أم لا.

وذهب الشافعي في الجديد - وهو الأظهر في المذهب[4] - إلى أنها لا ترثه مطلقاً. أي أن حكم طلاق المريض حكم طلاق الصحيح مطلقاً ودون أي فرق وهذا مروي عن علي وعبد الرحمن بن عوف[5] وعبدالله بن الزبير[6] وبه قال عتبة بن عبدالله ابن الزبير[7].

ويمكن إرجاع هذه الأقوال إلى رأيين رأي الجمهور القائلين بأنها ترث من زوجها المريض المتوفي، ورأى الشافعي في الجديد بأنها لا ترث ما دام طلاقها بائناً.

استدل الشافعي على قوله هذا بأن العلاقة الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن، فلم يبق سبب الإرث إطلاقاً، ولم يحدث سبب آخر للإرث، فلا ترث، كما لا يرث المريض مرض الموت من زوجتها المطلقة طلاقاً بائناً إذا ماتت هي قبل موته[8] بالاتفاق[9]، وأيضاً أن الأدلة الدالة على قطع التوارث بالطلاق البائن لم تفرق بين

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣٠).

(٢) الكافي لابن عبد البر، ط. مكتبة الرياض الحديثة (٢/ ٥٨٤)؛ والبلغة (٢/ ١٥٥).

(٣) الأم (٥/ ٢٣٥)؛ والمختصر للمزني (٤/ ٨٤)؛ والروضة (٨/ ٧٢).

(٤) الروضة (٨/ ٧٢).

(٥) المختصر للمزني (٤/ ٨٤).

(٦) رواه البخاري تعليقاً عن ابن الزبير، والشافعي، وعبد الرزاق مسنداً عن طريق ابن أبي مليكه قال عبدالله بن الزبير: «. . . وأما أنا فلا أرى أن أورثها لبينونته عنها».
انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/ ٣٦١، ٣٦٦).

(٧) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣٠).

(٨) قال الشافعي: «إن حكم الطلاق إذا كان في الصحة والمرض سواء، فإن الطلاق يقع على الزوجة وأن الزوج لا يرث المرأة لو ماتت فكذلك لا ترثه، لأن الله تعالى إنما ورث الزوجة من الزوج والزوج من الزوجة ما كانا زوجين، وهذان ليسا بزوجين، ولا يملك رجعتها. . . وأن على الزوجة أن تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً وهذه لا تعتد من الوفاة، وأن الزوجة إذا كانت وارثة إن مات زوجها كانت موروثة إن ماتت قبله، وهذه لا يرثها الزوج، وأن الزوجة تغسل الزوج ويغسلها، وهذه لا تغسله، ولا يغسلها، وأنه ينكح أختها وأربعاً سواها. . وكل هذا يبين أنها ليست زوجة».
انظر: الأم (٥/ ٢٣٥)؛ والمختصر للمزني (٤/ ٨٤)؛ وفتح الباري (٩/ ٣٦٦).

(٩) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣٠) والمصادر السابقة.

طلاق الصحيح، وطلاق المريض فتبقى على عمومها، حتى على فرض خصوصيتها بالصحيح يقاس عليه طلاق المريض البائن، كما روى عدم الإرث عن علي وعبد الرحمن[1] وابن الزبير[2]، فهؤلاء لم يحكموا بذلك إلا عن دليل.

واستدل الجمهور بما رواه مالك وغيره أن عبد الرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر بنت الأصبغ الكلبية طلاقاً بائناً في مرض موته، ثم مات فيه، فقضى عثمان بن عفان رضي الله عنه بتوريثها منه[3]. قال ابن قدامة: وكان ذلك بمحضر الصحابة لم ينكر فكان إجماعاً[4]، وقد تكرر مثل هذا الحكم مما يقوي قوته ودلالته على أنه لو كان هناك معارض لبين رأيه في الحكم الثاني أو الثالث، فقد روى مالك وغيره: أن عثمان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض[5]، كما روى بسنده عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت: أنا أرثه، لم أحض، فاختصمتا إلى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان، فقال: هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب[6]، كما روى مالك بسنده عن الزهري أنه قال: «إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض فإنها ترثه»[7]. وهذا حجة على من يقول بحجية المرسل ولا سيما وقد عضد بفتوى الصحابة[8].

وأيضاً أن المريض مرض الموت الذي يطلق زوجته في هذه الحالة فقد قصد قصداً فاسداً، لأنه يريد حرمانها من الميراث، فيعارض بنقيض قصده قياساً على قاتل

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣٠).
(٢) رواه عنه البخاري تعليقاً. انظر صحيح البخاري مع الفتح (٩/ ٣٦١).
(٣) الموطأ ص (٣٥٣).
(٤) المغني (٦/ ٣٣٠).
(٥) الموطأ ص (٣٥٣).
(٦) الموطأ ص (٣٥٤).
(٧) المصدر السابق نفسه.
(٨) راجع في تفصيل آراء العلماء في حجية المرسل: المجموع للنووي (١/ ٦٠ ـ ٦٣)؛ وأدب القاضي للماوردي (١/ ٣٩٨)؛ والرسالة للشافعي، الفقرة (١٢٦٢ ـ ١٣٠٨)؛ والأحكام للآمدي (٢/ ١٧٨)؛ ونهاية السول مع شرح البدخشي على المنهاج (٢/ ٢٦٧)؛ والغاية القصوى بتحقيقنا (١/ ١٧٩ ـ ٨٠)؛ وتدريب الراوي ص (١٨٤).

مورثه حيث يعاقب بحرمانه[١].

وقد ناقش الجمهور أدلة الشافعي في الجديد بأن ما روى عن علي وعبد الرحمن لم يثبت عنهما[٢]، بل قد ثبت عنهما خلاف ذلك، فقد روى مالك بسنده بأن عثمان رضي الله عنه قال: إن هذا الحكم بأن البائنة ترث من زوجها المريض الذي مات فيه كان قد أشار به علي عليه ـ كما سبق[٣] ـ وبخصوص عبد الرحمن وابن الزبير قال ابن قدامة: «بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن: لئن مت لأورثتها منك. قال: قد علمت ذلك، وما روى عن ابن الزبير إن صح فهو مسبوق بالإجماع»[٤].

وأما قياس طلاق المريض على طلاق الصحيح فقياس مع الفارق وذلك لأن المريض مرض الموت نتيجة لخوفه من الهلاك لم يقصد إيقاع الطلاق لذاته بل أراد حرمان زوجته من الميراث، ولذلك يعاقب بنقيض قصده كما في حالة قتل الوارث مورثه حيث يحرم من إرثه مع أن أدلة توريثه منه باقية لكنها تخص في غير هذه الحالة، ثم إن الشافعي متفق مع الجمهور في أن إرادة المريض ليست كإرادة الصحيح في كثير من التصرفات القولية، فلم تسلم له المساواة بينهما.

ثم إن الجمهور ـ كما رأينا ـ مختلفون في مدى انتهاء حق الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً من زوجها المريض مرض الموت الذي مات فيه، فبعضهم يرى أن ذلك غير مقيد بالعدة، وبعضهم يرى أنه مقيد بالعدة، وبعضهم يرى أنها مقيد بأن لا تتزوج من شخص آخر، والذين يرون عدم تقييده بالعدة والزواج استدلوا بأن حكم عثمان بتوريث زوجة عبد الرحمن منه كان بعد انقضاء العدة أي أنه مات وقد انتهت عدتها كما في رواية مالك[٥]، كما استدلوا بأن سبب توريثها منه فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة.

والذين يرون عدم تقييده بالعدة لكن بالزواج يستدلون بالأدلة السابقة ثم يضيفون إليها بأن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة، ولأنها

---

(١) انظر المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣٠).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ٣٣٠): «لم يثبت عن علي ولا عن عبد الرحمن خلاف في هذا» أي هما مع رأي عثمان.

(٣) الموطأ ص (٣٥٤).

(٤) المغني (٦/ ٣٣٠ وما بعدها).

(٥) ولفظه: «فورثها عثمان منه بعد انقضاء عدتها». انظر: الموطأ ص (٣٥٣).

فعلت باختيارها ما ينافي النكاح الأول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها[1].

وأما الذين يرون تقييدها بالعدة بحيث لو مات بعد انقضاء عدتها لا ترث منه فقد أستدلوا بما رواه مالك بسنده أن حبان طلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك عنها لم تحض فقالت: أنا أرثه لم أحض... فقضى لها عثمان بالميراث عنه وقال هذا رأي علي أيضاً[2]. فتعليل الأنصارية استحقاقها للإرث بأنها لم تحض أي لم تنته عدتها دليل واضح على أن مطلقة المريض إنما ترث إذا مات وهي لم تنقض عدتها، ومن جهة ثانية أن آخر خيط من العلاقة الزوجية تنتهي بانتهاء العدة، فلا يبقى أي سند يستند إليه ميراثها لو قلنا به، بخلاف حالة العدة حيث إن آثار الزوجية لا تزال لم تنته بعد، ولذلك لا ترث غير المدخول بها عند الجماهير، لأنها لا عدة لها[3].

والذي يظهر لنا رجحانه أن هذه المسألة اجتهادية، وأن دعوى الإجماع فيها غير مسلمة، وذلك لما روى البخاري تعليقاً بصيغة الجزم، والشافعي، وعبد الرزاق، مسنداً عن طريق ابن أبي ملكية، قال: «سألت عبدالله بن الزبير عن الرجل يطلق امرأته فيبتها ـ أي يطلقها طلاقاً بائناً ـ ثم يموت وهي في عدتها فقال عبدالله: طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر بنت الأصبع الكلبية فبتها، ثم مات عنها وهي في عدتها فورثها عثمان. قال ابن الزبير: وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة»[4].

فلو كان قد اتفق إجماع على هذه المسألة لما خالفه ابن الزبير، كما أن من بعده من التابعين ومن بعدهم من الفقهاء لم يختلفوا فيها، إذن فالمسألة اجتهادية تراعي فيها العدالة والمصلحة الكلية وقواعد الشرع، وكل ذلك يقتضي أن نرجح القول القائل بأن المرأة التي طلقها المريض مرض الموت ـ أو نحوه ـ طلاقاً بائناً ترثه بشرطين: أولهما أن يكون الطلاق طلاق فارٍّ بالفعل وأقصد بذلك أن تثبت المرأة أن الرجل كان سيء النية والقصد وأنه أراد بطلاقها حرمانها من الميراث ظلماً وجوراً، وبذلك يعاقبه الشرع بعكس ما كان يبغيه، لأن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، أما إذا لم تثبت ذلك فلا ترث منه، وذلك بأن كانت كثيرة الخصام معه قبل مرضه، ولما جاء مرضه لم تقم بواجب الزوجية نحوه فطلقها وهويريد التخلص منها، والجنوح إلى شاطىء

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/٣٣١).

(٢) الموطأ ص (٣٥٤).

(٣) المغني لابن قدامة (٦/٣٣١).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٦، ٣٦٦)؛ والأم للشافعي (٥/٢٣٦).

الأمن والهدوء حتى يبتعد عن المنازعات والمشاحنات التي كانت تثيرها، فمثل هذه لا ترث، لأنه لو قلنا بميراثها على الرغم من معاملتها السيئة لزوجها طول حياتها فقد أعطيناها دفعة قوية للسير في طريقها السيء، بل تزيد من أذاها له، لأنها لا تخاف من حرمانها الميراث حتى لو طلقها.

الشرط الثاني: بقاء عدتها، أما إذا انقضت عدتها ثم مات فلا ترث لأنه قد انقطعت جميع خيوط العلاقة الزوجية ـ كما سبق ـ ولأن الراجع في حكم سيدنا عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف، الذي هو مدار حكم هذه القضية هو أنه حكم لها بالميراث وهي في عدتها، كما رواها البخاري والشافعي عن ابن الزبير[1]، وكذلك ما رواه مالك بخصوص المرأة الأنصارية[2]. قال الشافعي: «إن حديث ابن الزبير متصل وهو يقول: ورثها عثمان في العدة، وحديث ابن شهاب منقطع»[3].

٣ ـ الخلع: للرجل المريض مرض الموت ـ أو نحوه ـ الخلع بالاتفاق، لأن فيه نفعاً له، وأما المريضة مرض الموت ـ أو نحوها ـ فلها الخلع أيضاً، ويكون خلعها صحيحاً، غير أنه ثار الخلاف في كيفية استيفاء بدل الخلع إذا ماتت؟.

ذهب الحنفية إلى أن المختلعة المريضة المدخول بها إذا ماتت في العدة[4] كان لزوجها المخالع الأقل من ثلاثة أمور:

١ ـ ميراثه منها.
٢ ـ ثلث تركتها.
٣ ـ بدل الخلع المتفق عليه بينهما[5].

وإن كانت غير مدخول بها وقد اختلعت من زوجها بمهرها ـ مثلاً ـ فإن النصف يعود إلى الزوج بحكم الطلاق قبل الدخول لا بحكم الوصية وفي النصف الآخر ينظر فإن كان الزوج أجنبياً فهو تبرع فيصح ويكون من الثلث، وإن كان الزوج وارثاً ـ كأن

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٣٦١/٩)؛ والأم (٢٣٦/٥).
(٢) الموطأ ص (٣٥٤).
(٣) الأم (٢٣٦/٥).
(٤) أما إذا لم تمت من مرضها بأن برأت ثم ماتت فيسلم للزوج جميع ما سمته له، ولا ميراث بينهما بحكم الزوجية سواء ماتت في العدة، أو بعدها.
انظر: أحكام المرض لابن خليل الحنفي ص (٢١٢).
(٥) جامع الفصولين (١٧٢/٢)؛ وأحكام المرض ص (٢١١).

يكون ابن عم لهـا مثلاً ـ فله الأقل من ميراثه منها، ومن نصف المهر[1].

وذهب مالك إلى أن لزوجها إذا ماتت الأقل من العوض ومن الميراث[2]. قال الخليل، والدردير: «ولا يجوز خلع الزوجة المريضة مرضاً مخوفاً... وينفذ الطلاق، ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحاً ولو ماتت في عدتها، ومحل المنع إن زاد، الخلع على إرثه منها... ورد الزائد على إرثه منها، واعتبر الزائد على إرثه يوم موتها، لا يوم الخلع وحينئذٍ فيوقف جميع المال المخالع به إلى الموت، فإن كان قدر إرثه فأقل استقل به الزوج وإن كان أكثر رد ما زاد على إرثه، فإن صحت من مرضها تم الخلع وأخذ جميع ما خالعته به ولو أتى على جميع مالها، ولا توارث بينهما على كل حال»[3].

وذهب الشافعي إلى أنه إن كان الخلع بمهر المثل نفذ، ولم يعتبر من الثلث، وإن كان بأكثر فالزيادة كالوصية للزوج فيعتبر من الثلث، ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث[4]، وأما أحمد فهو مع الشافعي في أنه إن كان الخلع بمهر المثل، أو أقل منه ينفذ من أصل ماله لكنه خالفه فيما إذا كان بأكثر من مهر مثلها حيث ذهب إلى أنه يكون لورثتها الحق في أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها ـ أي له الأقل من العوض أو ميراثه منها[5].

٤ ـ الإقرار: إذا أقر المريض مرض الموت ـ أو نحوه ـ بغير ما يؤدي إلى المال كان إقراره كإقرار الصحيح، وكذلك إذا أقر بدين لأجنبي كان إقراره صحيحاً نافذاً عند

---

(١) جامع الفصولين (١٧٢/٢)؛ وأحكام المرضى ص (٢١٢)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤٦٠/٣)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (٢١٨/٣).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٥٩٦/٢)؛ وبلغة السالك (١٥٦/٢ ـ ١٥٧)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٠١). وقال ابن جزي فيها: «ويجوز خلع المريضة إن كان قدر ميراثه منها، وقيل: لا يجوز مطلقاً، وقيل: يجوز مطلقاً».

(٣) الشرح الصغير مع بلغة السالك (١٥٦/٢ ـ ١٥٧).

(٤) قال الشافعي في الأم (١٨٢/٥ ـ ٨٣): «وإن خالعته بمهر مثلها، أو أقل، فالخلع جائز، وإن خالعته بأكثر من مهر مثلها ثم ماتت من مرضها قبل أن تصح جاز لها مهر مثلها من الخلع، وكان الفضل على مهر مثلها وصية يحاص أهل الوصاية بها، ولا ترث المختلعة في المرض ولا في الصحة زوجها، ولا يرثها، ولو مات أحدهما وهي في العدة».

ويراجع لمزيد من التفصيل الروضة (٣٨٧/٧...)؛ والغاية القصوى (٧٧٩/٢).

(٥) المغني لابن قدامة (٩٥/٦).

الجميع[1]، إلا أن الخلاف يثور في أنه هل يتساوى إقراره هذا حالة المرض مع إقراره في حالة الصحة ومع ديونه التي ثبتت عليه بغير الإقرار؟.

ذهب الحنفية إلى أن إقراره بدين لأجنبي في حالة مرضه أو نحوه يؤخر في الاستيفاء عن إقراره بدين في حالة الصحة، وعن ديونه التي ثبتت بالبينات غير الإقرار، وعن التي باشر أسبابها حال المرض وعاينتها شهود كقرض اقترضه، أو ثمن أشياء اشتراها به، أو مهر نكاح عقده في صحته، أو مرضه[2].

وقد استدلوا على هذه التفرقة بأن التصرف في حالة الصحة أكثر قوة من التصرف الذي تم في حالة المرض، ويشهد لذلك نفوذ عطاياه في الصحة في حين لا تنفذ كاملة في المرض، ومن جهة أخرى أن ديون الغرماء تصير بالمرض متعلقة بعين المال لمنعه من هبته فصار إقراره في مرضه بعد تعلق ديون غرماء الصحة به فلم يصح أن يساويهم فيه، ثم إن المرض قد أدى إلى نوع من الحجر في التصرف، فلا يستساغ المساواة بين تصرفه بعد الحجر مع تصرفه قبل الحجر[3].

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بما يأتي: -

أولاً: إن قولهم بأن تصرفه في الصحة أقوى من تصرفه في المرض غير مسلم بدليل أن تصرفه في المرض لو ثبت بالبينة يكون مساوياً لتصرفه في حالة الصحة حتى عند الحنفية، فلم يسلم لهم الفرق من حيث هو تصرف. نعم إن التفرقة مسلمة في العطايا لكن لا يمكن قياس الإقرار بدين عليها وذلك لأن العطية ليس لها مقابل في حين أن الإقرار بدين إعلان عن حق ثابت في ذمته.

ثانياً: وأما قولهم بأن الديون تصير متعلقة بعين المال.. فغير مسلم بدليل أن تلف المال لا يبطل ديونه، ثم إن تعلقها به ليس من حيث هو إذن لا يمنع من تعلق ديون أخرى بها، كما هو الحال في الديون التي ثبتت بالبينة وكانت في مرض الموت.

ثالثاً: لا نسلم أن مرض الموت - أو نحوه - قد أوقع عليه حجراً في جميع

---

(١) قال ابن المنذر: أجمعوا على أن إقرار المريض لغير الوارث جائز.
انظر فتح الباري (٥/٣٧٦)؛ والمصادر السابقة.

(٢) مختصر القدوري ص (٤٥)؛ والفتاوى الهندية (٤/١٧٧)؛ وجامع الفصولين (٢/١٨٢)؛ وأحكام المرضى ص (٣٦٥)؛ والبحر الرائق (٧/٢٥٤)؛ وتكملة فتح القدير مع شرح العناية (٧/٣٢٢)؛ والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/٥٥)؛ والدر المختار (٨/١٦٣).

(٣) المصادر السابقة.

التصرفات بدليل صحة كثير من تصرفاته بالاتفاق كالبيوع التي لا غبن فيها، وكالنكاح، والطلاق، وإنما الحجر في التصرفات المضرة وبدون حق، والإقرار ليس من التصرفات الممنوعة منها منعاً باتاً، إذ الإقرار ليس من التصرفات المالية في حد ذاته، بل هو إعلان عما في ذمته، وأما إذا كانت هناك تهمة فهذا شيء آخر، لأن البحث في الإقرار من حيث هو[1].

وذهب الجمهور: المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، في أشهر الروايتين إلى أن إقرار المريض لأجنبي كإقراره في حالة الصحة، فلا يقدم أحدهما على الآخر، وهذا هو الذي يظهر رجحانه، لأن المطلوب في الإقرار هو دلالته على إثبات دين في ذمته، وهذا الغرض موجود في حالتي الصحة والمرض على السواء، فإذا قبلنا إقراره في مرض فقد ثبت الدين في ذمته فيتعلق بعد موته بماله، شأنه في ذلك شأن بقية الديون الأخرى، فتفضيل إقرار على إقرار آخر تحكم، أما قضية المحاباة والإيثار وعدم صدقه فيه فهذه مسألة أخرى تبعد عن ساحة إقرار قبلناه واعتبرناه مثبتاً للدين، لأن إثبات التهمة فيه يخرج عن نطاق كلامنا هذا. ثم إن العدالة تقتضي مساواة الديون جميعها ما دامت لم تكن قد وثقت برهن فتقديم دين شخص أقر له المريض حالة صحته على دين شخص آخر أقر له في مرضه تأباه قواعد العدالة في المساواة بين الدائنين، بل يعتبر إجحافاً بحقه، كما أنه لا يتفق مع القواعد الأخلاقية الربانية التي تتمتع بها الشريعة الغراء، فالرجل الذي دفع الدين إلى المريض في حالة مرضه أولى بالرعاية والحماية من الرجل الذي دفع الدين في حالة صحته وهو يطمع في استرداد دينه بسرعة، بل قد يطمع في بعض إيجابيات وتسهيلات أخرى، ثم إنه لو قلنا بتأخير دينه لامتنع كثير من الناس عن تقديم الديون إليه وهو في أشد الحاجة إليه خوفاً من عدم استردادها بعد موته.

---

(١) انظر: كتاب الإقرار من الحاوي للماوردي ص (٢٥٧).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/٨٨٦)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢/٢٢٦).

(٣) الروضة (٤/٣٥٣)؛ والمنهاج مع شرحه للمحلي؛ وحاشيتي القليوبي وعميرة (٣/٣)؛ وكتاب الإقرار من الحاوي للماوردي، رسالة ماجستير في كلية الشريعة بجامعة الأزهر ص (٢٥٦).

(٤) حاشية الروض المربع (٧/٦٣٣)؛ والعدة شرح العمدة ص (٦٦٢)؛ وذهب أحمد في الرواية الأخرى إلى أن إقرار المريض مرض الموت بمال لغير وارث لا يصح بما زاد على الثلث، لأن ما زاد على الثلث تعلق به حق الورثة فلم يصح إقراره به. انظر: العدة ص (٦٦٢).

وأما إذا أقر بدين لوارث فقد ذهب الحنفية[1] ومالك في أحد قوليه[2] والحنابلة[3] والشافعي في أحد قوليه[4] إلى أنه لا ينفذ إلا إذا صدقه الورثة وأجازوه، لأنه لا يبعد عنه شبهة الإيثار وتفضيل أحد الورثة على الآخرين، مع أن الله قد تكفل بتقسيم الإرث على الورثة، وذهب الشافعي في قوله الثاني وهو الأظهر في المذهب إلى أنه يقبل إقراره للوارث غير أن للورثة الحق في تحليف الوارث بصدق المريض فيما أقر به له[5] وبه قال الأوزاعي وإسحاق وأبو ثور[6] وذهب مالك في قوله الثاني ـ وهو المشهور في المذهب ـ إلى أن إقراره للوارث صحيح ونافذ ما لم تتبين التهمة فيه[7]، أي إن كان متهماً لم يقبل إقراره وإلا فيقبل ويجتهد الحاكم في ذلك وهذا ما اختاره الروياني من الشافعية[8]، كما اختاره البخاري في صحيحه وقال: «ويذكر أن شريحاً، وعمر بن عبد العزيز، وطاوساً، وعطاء وابن أذينه أجازوا إقرار المريض بدين، وقال الحسن: أحق ما تصدق به الرجل آخر يوم من الدنيا وأول يوم من الآخرة»[9] وهذا الأثـر عن الحسن البصري يشير إلى أن مبنى الإقرار على الصدق، إذن فكان الأولى أن يصدق الرجل قرب موته، لأنه يئس من الدنيا، وزخارفها، واستعد للقاء الآخرة بقلب ألين وأقرب إلى التقوى من وقت الصحة والطمع والغرور، فالتهمة عن المريض أبعد من الصحيح، فمدار الأمر ومعياره على التهمة، وعدمها.

---

(١) جامع الفصولين (٢/١٨٢)؛ وأحكام المرضى ص (٣٦٨)؛ والفتاوى الهندية (٤/١٧٦)؛ وتكملة فتح القدير مع شرح العناية (٧/٢، ٣)؛ والدر المختار (٨/١٦٣)؛ والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/٥٥)؛ والبحر الرائق (٧/٢٥٤).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/٢٢٦).

(٣) حاشية الروض المربع (٧/٦٣٣).

(٤) الروضة (٤/٣٥٣)؛ وشرح المنهاج للمحلي (٣/٣)؛ والغاية القصوى (١/٥٥٠)؛ والمهذب (٢/٢٩٤).

(٥) الروضة (٤/٣٥٣)؛ والغاية القصوى (١/٥٥٠).

(٦) فتح الباري (٥/٣٧٦).

(٧) الكافي لابن عبد البر (٢/٢٢٦)، ولم يذكر ابن جزي في القوانين ص (٢٦٩) إلا هذا القول.

(٨) الروضة (٤/٣٥٣).

(٩) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الوصية (٥/٣٧٤). وقال الحافظ: في فتح الباري (٥/٣٧٥): «فأما أثر شريح فوصله ابن أبي شيبة. . . وأما أثر طاوس فوصله ابن أبي شيبة أيضاً عنه بلفظ: إذا أقر لوارث جاز؛ ووصل أيضاً أثري عطاء، وابن أذينة بسندين رجالهما ثقات، وأثر الحسن صحيح. . ».

هذا وقد استدل الإمام البخاري لقبول إقرار المريض لوارث وغيره بقوله تعالى: ﴿ من بعدِ وصَيةٍ يُوصي بها أو دَيْن ﴾[1]. وجه الاستدلال به أن الله تعالى ذكر الدين مطلقاً سواء كان لوارث أم لغيره فما دام الإقرار إحدى طرق الإثبات فيكون ما أقر به ديناً في رقبته، ثم رد على من قال: لا يقبل إقرار المريض بدين لوارثه لسوء الظن به للورثة فقال: «وقد قال النبي ﷺ: اياكم والظنَّ فإن الظنَّ أكذب الحديث»[2]. وجه الاستدلال به أنه لا يجوز لأحد، ولا للقضاء الإسلامي أن يظن بالمؤمن ظناً سيئاً ويتهمه بالكذب وبعدم العدل، فظاهر حال المسلم الصدق إلى أن يثبت كذبه، ثم ذكر البخاري آيات وأحاديث تدل على وجوب أداء الأمانة، وعدم الخيانة استدلالاً منه بأن المريض يجب عليه أن يؤدي جميع ما لديه من أمانات، فإذا كان عليه دين لوارثه فلا يجوز له أن يكتمه بل يجب عليه أن يذكره لأنه لو كتمه كان خائناً له، فلزم من وجوب ترك الخيانة وجوب الإقرار، ومن لم يعتد بإقراره كان قد حمله على الكتمان[3].

ثم إن هناك تفصيلات كثيرة في التعريف بالوارث الذي ثار فيه الخلاف في صحة إقرار المريض له وفي شروطه، لا أرى أن بحثنا هذا يسمح لنا بالخوض فيها[4].

الخلاصة مع الأدلة، والمناقشة والترجيح

وبعد هذا العرض السريع البعيد عن الخوض في التفصيلات الدقيقة يمكن إرجاع آراء الفقهاء حول تقييد رضا المريض مرض الموت ونحوه إلى رأيين: رأي الظاهرية القائلين بعدم أثر المرض مطلقاً في الرضا، ورأي الجمهور القائلين بأثر مرض الموت الذي أعقبه موت ـ أو نحو ذلك ـ في الرضا والإرادة وإن كان هناك خلاف داخل الجمهور في مدى التوسع فيه أم لا.

فاستدل الظاهرية على دعواهم في المساواة بين تصرفات الـمريض والصحيح بما يأتي:

١ ـ ما رواه ابن حزم عن طريق معمر... عن القاسم بن عبد الرحمن أنَّ رجلًا

---

(١) سورة النساء: الآية، ١١. وراجع صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣٧٤).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣٧٤).

(٣) فتح الباري (٥/٣٧٦).

(٤) فليراجع: جامع الفصولين (٢/١٨٣)؛ والكافي لابن عبد البر (٢/٨٨٧)؛ والروضة (٤/٣٥٣)؛ وحاشية الروض المربع (٧/٦٣٥)؛ والمصادر السابقة جميعها.

اشترى جارية في مرضه فأعتقها عند موته فجاء الذين باعوها بثمنها فلم يجدوا له مالاً فقال ابن مسعود: اسعى في ثمنك[١]. وجه الاستدلال به أنَّ ابن مسعود قد أجاز العتق من المريض عند موته.

٢ ـ وروي عن طريق الحجاج بن أرطاة عن قتادة عن الحسن قال سئل علي عمن أعتق عبداً له عند موته وليس له مال غيره وعليه دين. قال: يعتق ويسعى في القيمة[٢].

٣ ـ وكذلك روى بسنده عن مسروق أنَّه سئل عمن أعتق عبداً له في مرضه، وليس له مال غيره فقال مسروق: أجيزه برمته، شيء جعله الله لا أرده[٣].

٤ ـ وقد روى أيضاً بسنده عن إبراهيم النخعي أنَّه قال: إذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها في مرضها فهو جائز[٤]. وروى عنه البخاري تعليقاً وابن أبي شيبة موصولاً أنَّ إبراهيم النخعي قال في المريض: «إذا أبرأ الوارث بريء[٥]». كما روى مثله عن الحكم[٦].

٥ ـ وروى ابن حزم بسنده أنَّ رسول الله ﷺ قال: «الذي يُعْتِق عند الموت كالذي يهدي بعد ما شبع»[٧]. ثمَّ علَّق عليه مبيِّناً وجه الاستدلال به فقال: «إنَّهم ـ أي المخالفين ـ لا يختلفون في أنَّ الذي يهدي بعدما يشبع فهديته من رأس ماله، فإن كان القياس حقاً فالمعتق عند الموت مثله سواء بسواء، فواجب أن يكون من رأس ماله، قال تعالى: ﴿وأَنْفِقُوا من مَّا رَزَقْناكم من قَبلِ أن يأْتِيَ أَحَدَكم الموت...﴾[٨]. وهذا نص جلي لا يحتمل تأويلاً على جواز الصدقة للصحيح والمريض ما لم يأته الموت»[٩] أي أنَّ المريض مرض الموت لم يأته الموت بعد فيكون مأموراً بالصدقة، ولا شك أنَّ المأمور به نافذ وصحيح.

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٢٠٣).

(٢) المصدر السابق (٩/٢٠٤).

(٣) المصدر السابق (٩/٢٠٣).

(٤) المحلى (٩/٢٢٠).

(٥) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣٧٤ ـ ٣٧٥).

(٦) فتح الباري (٥/٣٧٧).

(٧) المحلى لابن حزم (٩/٢٢٢).

(٨) سورة المنافقون: الآية ١٠.

(٩) المحلى لابن حزم (٩/٢٢٢).

واستدل الجمهور على دعواهم بالسنة والآثار، وبالإجماع، والقياس.

أما السنة فمنها:

١ ـ قوله ﷺ: «إنَّ الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم». وهذا الحديث رواه خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ مرفوعاً وهم: أبو بكر الصديق، وأبو هريرة، وأبو الدرداء، ومعاذ، وخالد بن عبيد.

أما حديث أبي بكر رضي الله عنه فقد أخرجه ابن عدي، والعقيلي بسندهما عنه، غير أنَّ في سندهما ضعفاً[1]، ورواه عنه أيضاً ابن حزم بسنده، وقال: «إنَّ سنده غير مشهور، ولا ندري حال حفص بن عمر بن ميمون»[2]. وما قاله ابن حزم فيه غير مسلم لأنَّ حاله معروف حيث بين حاله النسائي وغيره، قال النسائي: «عامة ما يرويه غير محفوظ»[3]. وقال الحافظ ابن حجر: «هو ضعيف عن التاسعة روى عنه ابن ماجه»[4].

وأما حديث أبي هريرة فقد رواه عنه ابن ماجه بسنده[5]، غير أنَّ في سنده طلحة بن عمرو الحضرمي وهو قد ضعفه غير واحد[6]، ورواه البزار في مسنده وقال: «لا نعلم: رواه عن عطاء إلَّا طلحة بن عمرو، وهو وإن رواه عنه جماعة فليس بالقوي»[7]، ورواه ابن حزم بهذا السند نفسه[8].

وأما حديث معاذ فأخرجه الدارقطني في سننه[9] والطبراني في معجمه، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً[10].

---

(١) نصب الراية (٤/٤٠٠)؛ وتلخيص الحبير (٣/٩١).
(٢) المحلى لابن حزم (٩/٢٠٩).
(٣) تقريب التهذيب (١/١٨٨)؛ ونصب الراية (٤/٤٠٠).
(٤) تقريب التهذيب (١/١٨٨).
(٥) سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا (٢/٩٠٤).
(٦) تقريب التهذيب (١/٣٧٩).
(٧) نصب الراية (٤/٤٠٠)؛ وتلخيص الحبير (٣/٩١).
(٨) المحلى لابن حزم (٩/٢٠٩ ـ ٢١٠). وقال: وفيه طلحة بن عمرو وهو كذاب.
(٩) سنن الدارقطني، ط. دار المحاسن بالقاهرة، كتاب الوصايا (٤/١٥٠).
(١٠) انظر: نصب الراية (٤/٤٠٠)؛ وتلخيص الحبير (٣/٩١).

وأما حديث أبي الدرداء فرواه أحمد في مسنده[1]، وكذلك رواه البزار في مسنده وقال: وقد روى هذا الحديث من غير وجه، وأعلى من رواه أبو الدرداء. . . وفي سنده أبو بكر بن أبي مريم، وحمزة وهما معروفان وقد احتمل حديثهما»[2].

وأما حديث خالد بن عبيد فرواه الطبراني في معجمه[3].

ورواه بهذا المعنى قتادة، وأبو قلابة مرسلاً[4].

فهذه الروايات وإن كان في بعضها ضعف لكن بعضها يأخذ بعضد الآخر فتنهض حجة على الدعوى وهو أنَّ المريض مرض الموت ليس له التصرف في جميع أمواله، وإنما تتقيد تبرعاته بالثلث ويشهد على ذلك قوله ﷺ في الحديث الصحيح: «الثلث، والثلث كثير»[5]. ثمَّ إنَّ حديث أبي الدرداء الذي رواه أحمد والبزار مقبول لا بأس بسندهما حيث قالوا: إنَّ سندهما محتمل ـ كما سبق ـ فيكون حجة، ثمَّ تدعم موقفه بقية الروايات الأخرى.

ثمَّ إنَّ صياغة الحديث المذكور تدل على أنَّ أموال المريض مرض الموت تنتقل إلى الورثة، والدائنين عند الوفاة غير أنَّ الله تعالى قد تصدق عليه بأن أعطاه ثلث أمواله ليتصدق به، أو يتصرف فيه تصرفاً مشروعاً خيراً، إذن فالثلثان الباقيان في حكم أموال الورثة والدائنين. ثمَّ لا يخفى أنَّه ليس المراد بـ: «عند وفاتكم» الحالة التي حضر فيها الموت، أو الحالة لا يستطيع فيها الكلام بدليل أنَّ الله تعالى تصدق عليه بثلث أمواله ليتصرف فيها لصالح عقباه، فلو كان المراد بها هاتين الحالتين لما كان في التصدق بثلث أمواله أي فائدة، لأنَّه عاجز حينئذٍ عن تحقيق أي غرض خيري. إذن فالمراد بها الحالة التي يغلب فيها الموت، ويشعر الشخص فيها بأنَّ وفاته قد قربت، وأنَّه لا أمل له في الحياة، فهذا هو المطلوب بخصوص مرض الموت الذي يقول به الجمهور.

٢ ـ قوله ﷺ عن ربه: «يا ابن آدم! اثنتان لم تكن لك واحدة منهما: جعلت لك

---

(١) مسند أحمد (٦/٤٤١).

(٢) تقريب التهذيب (١/٣٧٤)؛ ونصب الراية (٤/٤٠٠)؛ وتلخيص الحبير (٣/٩١).

(٣) انظر: نصب الراية (٤/٤٠٠)؛ وتلخيص الحبير (٣/٩١).

(٤) ورواه عنهما ابن حزم بسنده. انظر: المحلى (٩/٢٠٩).

(٥) الحديث رواه البخاري في صحيحة مع الفتح (٥/٣٦٣، ٣٦٩)؛ ومسلم في صحيحه (٣/١٢٥٠)؛ والترمذي في سننه مع التحفة (٦/٣٠١)؛ والنسائي في سننه (٦/٢٠١)؛ وابن ماجه في سننه (٢/٩٠٤)؛ ومالك في الموطأ ص (٤٧٦).

نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك[1] لأطهرك به وأزكيك، وصلاة عبادي عليك بعد انقضاء أجلك». رواه ابن ماجه[2] والدارقطني[3] قال الهيثمي: في إسناده مقال: لأنَّ فيه صالح بن محمد بن يحيى لم أر لأحد فيه كلاماً لا يجرح ولا غيره، ومبارك بن حسان وثقه ابن معين، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال أبو داود: منكر الحديث، وذكره ابن حبان في الثقات، وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين[4]، غير أنَّ الحافظ ابن حجر ذكر في التقريب: أنَّ صالح بن محمد ـ المذكور ـ مقبول روى عنه الإمام مالك في مسنده، كما وصف مبارك بن حسان السلمي بأنَّه ليِّن الحديث روى عنه البخاري في الأدب المفرد، وابن ماجه[5].

والحديث يدل أيضاً على أنَّ الإنسان قرب موته قد أعطاه الله تعالى نصيباً من ماله منحة، وفضلاً.

٣ ـ ما ورد في الحديث الصحيح أنَّ عمران بن حصين قال: إنَّ رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثمَّ أقرع بينهم فأعتق اثنين، وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً[6]. فالحديث يدل على أنَّه ليس للإنسان قرب موته أكثر من الثلث.

٤ ـ وما رواه البخاري ومسلم وغيرهم بسندهم عن سعد بن أبي الوقاص، قال: «كان رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدَّ بي ـ وعند مسلم: «من وجع أشفيت منه على الموت» ـ فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلاَّ ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. فقلت: بالشطر؟ فقال: لا. ثمَّ قال: «الثلث، والثلث كثير..»[7]. وجه الاستدلال في أنَّه ﷺ لم يأذن لسعد

---

(١) الكظم بالتحريك مخرج النفس، والمراد به قرب الأجل وظهور أمارته.
انظر: القاموس المحيط، مادة «كظم»؛ والمصباح المنير (٢/١٩٥).

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا (٢/٩٠٤).

(٣) سنن الدارقطني، كتاب الوصايا (٤/١٤٩).

(٤) مجمع الزوائد للهيثمي (١/٥١).

(٥) تقريب التهذيب (١/٣٦٢).

(٦) الحديث هذا رواه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان (٣/١٢٨٨)؛ وأبو داود في سننه مع العون، كتاب العتق (١٠/٥٠٠)؛ والترمذي مع التحفة، كتاب الأحكام (٤/٦٠١)؛ والنسائي، كتاب الجنائز (٤/٥١ ـ ٥٢)؛ ومالك في الموطأ ص (٤٨٤)؛ وأحمد في مسنده (٤/٤٢٦).

(٧) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الجنائز (٣/١٦٤)؛ ومسلم، كتاب الوصية (٥/٢٦٣).

وهو في مرض شديد أشفى منه على الموت بالتصدق من ماله إلاَّ في حدود الثلث، ويدل على أنَّ المرض كان مخوفاً وأنَّه كان يخاف من الموت رواية أخرى للبخاري: «وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها»(١). وفي رواية مسلم عن طريق حميد ابن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد عن سعد بلفظ: «أنَّه بكى فقال ﷺ له: ما يبكيك؟ فقال: خشيت أن أموت بالأرض التي هاجرت منها»(٢). فهذا الحديث مع هذه الروايات الكثيرة له يدل دلالة واضحة على أنَّ المريض المشرف على الموت أو المريض مرضاً يخاف منه الموت لا يجوز له التصرف في ماله بالتصدق ونحوه إلاَّ في حدود الثلث.

ثمَّ إنَّ هذا الحديث بلفظ «أفأتصدق...» رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما(٣)، وكرره البخاري أكثر من مرة باللفظ نفسه، فقد رواه البخاري بهذه اللفظة في كتاب الجنائز(٤) وفي كتاب مناقب الأنصار(٥) وفي كتاب المغازي(٦) وفي كتاب المرضى(٧) وفي كتاب الدعوات(٨) وغيرها. ورواه بهذه اللفظة نفسها النسائي(٩) وابن ماجه(١٠) وغيرهما.

فعلى ضوء ما سبق أنَّ لفظة «أفأتصدق» صحيحة في غاية الصحة وأكثر وروداً في روايات هذا الحديث من لفظة «أفأوصي...» مع كون الأخيرة صحيحة أيضاً(١١).

ولا يخفي الفرق بين الكلمتين، فالأولى ظاهرة في الصدقة المنجزة الحالية، والثانية في الوصية التي تقع بعد الموت، ولا خلاف في الوصية أنها تكون من الثلث،

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣٦٣).

(٢) صحيح مسلم (٣/١٢٥١).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الجنائز (٣/١٦٤)؛ ومسلم، كتاب الوصية (٣/١٢٥٠).

(٤) صحيح البخاري (٣/١٦٤).

(٥) المصدر السابق (٧/٢٦٩).

(٦) المصدر السابق (٨/١٠٩).

(٧) المصدر السابق (١٠/١٢٣).

(٨) المصدر السابق (١٠/١٢٣).

(٩) سنن النسائي، كتاب الوصية (٦/٢٠١).

(١٠) سنن ابن ماجه، كتاب الوصية (٢/٩٠٤).

(١١) وقد رواه بلفظة: «أفأوصي...» البخاري في صحيحه، كتاب الوصية (٥/٣٦٣)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية (٣/١٢٥٣).

وإنما الخلاف في الصدقة المنجزة ونحن بين روايتين مختلفتين في الظاهر وليس أمامنا إلَّا الجمع أو الترجيح، وأيهما نختار يكون الحديث دالاً على مذهب الجمهور كما سنبينه بإذن الله.

فإذا اخترنا الجمع، فيكون من وجهين:

الوجه الأول: أن نحمل كل رواية على قصة معينة وإن كانتا لشخص واحد، وذلك بأن نقول: قد تكرر سؤال سعد مرتين فمرة سأل: هل يتصدق بثلثي ماله؟ ومرة أخرى سأل: هل يوصي بثلثي ماله؟ فلم يجز له في الحالتين إلَّا التصدق أو الوصية بثلث ماله.

الوجه الثاني: أن لفظ: «الصدقة» أعم من «الوصية» فكان السؤال بلفظ «أفأتصدق» فعبر به الكثيرون من الرواة، وعبر عنه الباقون بمعناه، أو بما هو أخصّ منه، ولا نقول: إنه كان بلفظ «أفأوصي» ثمَّ عبر عنه البعض أو الكثيرون بلفظ «أفأتصدق. . .» وذلك لأنَّ لفظ الصدقة عام يشمل الصدقة المنجزة والصدقة المتعلقة بما بعد الموت فيمكن التعبير عنها بأحد أقسامها لأنَّه فرد من أفرادها، ولكن لا يمكن التعبير عن الوصية بالصدقة لاختلاف حكم كل منها وأنَّ لفظ الوصية خاص، فحكم الكل عائد للجزء، دون العكس فقد يكون للجزء حكم خاص به فمثلاً النطق حكم خاص بالإنسان وليس خاصاً بالجسم أو الحيوان، فحينما نذكر «الإنسان» يعود إليه جميع خصائص الجسم والحيوان، دون العكس.

وإذا اخترنا الترجيح فالذي يظهر لي رجحانه بعد بحث وتحر في كتب السنة المعتمدة هو ترجيح لفظ: «أفأتصدق. . .» على لفظ: «أفأوصي. . .» وذلك لعدَّة اعتبارات من أهمها:

أولاً: بالإضافة إلى كثرة ورود لفظ «أفأتصدق. . .» وطرقه فإنَّ بعض الرواة الثقات في أصل السند لم يرووا إلَّا بلفظ «أفأتصدق. . .» فروايتا مالك، وابن عيينة عن الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه بلفظ: «أفأتصدق. . .» ولم يرويا ـ أي مالك والزهري ـ بلفظ: «أفأوصي. . .» وهما من نجوم الرواة وشموسهم وأحفظهم وأدقهم، وأفقههم في حين أنَّ أكثر من روى بلفظ: «أفأوصي. . .» روى أيضاً بلفظ: «أفأتصدق. . .» فمثلاً روى إبراهيم بن سعد عن الزهري مرة بلفظ: «أفأوصي. . .» ومرة بلفظ: «أفأتصدق. .»[1].

(١) المحلى (٩/٢١٣).

وثانياً: إنَّ سياق الحديث يدل على أنَّ السؤال والجواب كانا يدوران حول الصدقة المنجزة، حيث إنَّ رسول الله ﷺ قد أجاب بأنَّ الثلث كثير، وأنَّ جميع ما يصرفه على عياله وزوجته صدقة فقال: «الثلث، والثلث كثير، إن صدقتك من مالك صدقة، وأن نفقتك على عيالك صدقة، وإن ما تأكل امرأتك من مالك صدقة، وإنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس...»(١) فكل ما ذكره الرسول ﷺ هنا من الصدقات المنجزة، فيظهر لي من خلال ملاحظتي لجميع الروايات أنَّ سعداً ـ والله أعلم ـ أراد بالفعل أن يوزع ثلثي أمواله على الفقراء حتى ينال أجر الصدقة الكاملة، وأنَّه يشعر بقلة صدقاته حيث ظنَّ بأنَّ الصدقة إنما تتحقق إذا كان على الفقراء دون الأهل والعيال، فأخبره النبي ﷺ أنَّه فاعل للكثير من الصدقات؛ لأن الصدقة لا تنحصر في الصدقة على الفقراء فقط، ولا على دفع المال، وإنما تعم كل عون يقدم لوجه الله تعالى سواء كان للقريب أو البعيد، وسواء كان بالمال، أو باللسان، أو بأي مساعدة ولهذا عدَّد عليه أنواع الصدقات حتى قال: «وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنَّها صدقة، حتى اللقمة التي ترفعها إلى فِيِّ امرأتك...»(٢).

ثالثاً: ما رواه مسلم في صحيحه عن طريق مصعب بن سعد عن أبيه قال: «مرضت فأرسلت إلى النبي ﷺ فقلت: دعني أقسم مالي حيث شئت. فأبى. فقلت: فالنصف...»(٣) وهذا النص صريح في أنَّ سعداً رضي الله عنه كان يريد بالفعل تقسيم أمواله والتصدق بجزء كبير منه على الفقراء وعلى من يريد أن يعطيهم منه.

وبهذا العرض نصل مطمئنين ـ بفضل الله تعالى ـ إلى أنَّ هذا الحديث الصحيح حجة في أنَّ صدقات المريض تكون من الثلث.

وأما الآثار في هذا التقييد فكثيرة منها:

أ ـ ما رواه الإمام مالك بسند صحيح عن عائشة رضي الله عنها قالت: «إنَّ أبا بكر الصديق قد نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: «والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليَّ عني بعدي منك... وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه ـ أي قطعته ـ، واحتزتيه ـ أي قبضته ـ كان لك، وإنما

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الوصية (٥/٢٦٣)؛ ومسلم كتاب الوصية (٣/١٢٥٣)؛ وهذا اللفظ لمسلم، ولفظ البخاري يؤدي نفس المعنى.

(٢) صحيح البخاري (٥/٣٦٣). كتاب الوصية مع الفتح.

(٣) صحيح مسلم كتاب الوصية (٣/٢٥٢).

هو اليوم مال وارث. . .». وهذا وإن كان موقوفاً على الصديق رضي الله عنه لكنه في حكم المرفوع، وأنَّ سياقه يدل على أنَّه قد سمع ذلك من رسول الله ﷺ.

ب ـ وقد روى مثل ذلك عن علي، وابن مسعود(١).

جـ وروى مالك وغيره بأكثر من طريق أنَّ عثمان ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف منه وكان قد طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته(٢). وورث أيضاً نساء ابن مكمل منه، وكان قد طلقهن وهو مريض(٣). كما ورث زوجة صحابي آخر منه وكان قد طلقها في مرض موته، ولما عاتبته ضرتها قال عثمان إنَّ علي بن أبي طالب يرى هذا الرأي نفسه(٤).

د ـ وروى القول بكون تبرعات المريض مرض الموت من الثلث عن أربعة عشر تابعياً، اعترف بذلك ابن حزم نفسه(٥).

وأما الإجماع فهو ما ادَّعاه ابن قدامة حيث قال: إن حكم عثمان بتوريث زوجة عبد الرحمن منه كان بمحضر الصحابة ولم ينكر فكان إجماعاً(٦). وأكثر من ذلك أنَّ هذا الحكم قد تكرر من عثمان ثلاث مرات ـ كما سبق ـ فهذا مما يدعم قوة الإجماع السكوتي في الحجية، لأنَّ الخلاف وإن كان قوياً في حجية الإجماع السكوتي(٧)، فإذا تكرر الحكم نفسه ولم يشتهر الانكار يكون اعتبار حجيته أولى.

وأما القياس فهو قياس تبرعاته المنجزة ونحوها على الوصية في أنَّها تكون من الثلث بجامع أنها تخرج من أموال المورث دون عوض. قال ابن قدامة: «ولأنَّ هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث

---

(١) الموطأ، كتاب الأقضية ص (٤٦٨).

ويراجع نصب الراية (٤/١٢٢)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢١٠).

(٢) الموطأ كتاب الطلاق ص (٣٥٣).

(٣) الموطأ ص (٣٥٣).

(٤) المصدر السابق ص (٣٥٤).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/٢٢٠)؛ والمصادر السابقة.

(٦) المغني لابن قدامة (٦/٣٣٠).

(٧) راجع في تفصيل هذه المسألة: المنهاج للبيضاوي، مع شرحي الأسنوي والبدخشي عليه (٢/٣٠٥ ـ ٣١٠)؛ ومنتهى السول (١/٤٩ ـ ٥٦)؛ والمنتهي لابن الحاجب ص (٤٠)؛ والأحكام للآمدي (١/٣٦١)؛ وروضة الناظر ص (٧٣)؛ والتلويح (٢/٨٢).

كالوصية»[1]. ومن جهة أخرى أنَّ الغرض من تحديد الوصية بالثلث هو حماية الورثة من الفقر والضياع، وعدم تركهم عالة على الناس كما نطق بذلك النبي ﷺ في حديث سعد السابق. وهذا الغرض نفسه متحقق في تقييد تبرعات المريض ونحوها بالثلث، لأنَّه إذا قيدت الوصية بالثلث، ثـم ترك المريض مرض الموت ونحوه يتبرع ويتصدق كيفما يشاء فسوف يقضي على جميع ماله قبيل موته باسم الصدقة والتبرع، وباسم البيوع الصورية أو في ظل عقود يُرى فيها غبن فاحش وإيثار ومحاباة، إذاً فلم نصل إلى النتيجة المرجوة من تحديد الوصية بالثلث، ولا يمكن تحقيق الغاية التي من أجلها حددت بالثلث، والشارع الحكيم إذا شرع شيئاً أحكم تنظيمه، بحيث لا يبقى فيه مجال للتسرب، أو التسلل ﴿أَلا يعلمُ من خَلَقَ وهو اللطيفُ الخبير﴾[2].

المناقشة والترجيح

ويمكن أن نناقش أدلة الظاهرية بما يأتي:

أولاً: إن دليلهم الأول لا ينهض حجة، لأنَّه قول صحابي فيما للاجتهاد فيه مجال، فلا يكون في حكم المرفوع[3]، ثمَّ هو معارض بأقوال أصحاب آخرين حكموا خلافاً لما قضى به ابن مسعود، فقد اعترف ابن حزم نفسه بأنَّ الجمهور رووا في ذلك عن أبي بكر، وعثمان وعلي وغيرهم[4]، بل إنَّ قول ابن مسعود هذا معارض بما روى عنه بخلافه في أنَّه أيضاً قال بمثل ما قال به الجمهور[5]، ثمَّ ولو سلم كل ذلك لما كان في قول ابن مسعود حجة كافية، لأنَّ قوله في العتق وهو يختلف عن غيره في كثير من الأحكام، لأنَّ الشرع يتشوف إليه فلا يجوز قياس غيره عليه ولا سيما عند الظاهرية القائلين بعدم جواز القياس.

ثانياً: إنَّ دليلهم الثاني بالإضافة إلى كونه اجتهاد صحابي فإنَّ في سنده حجاج بن أرطأة، وهو ضعيف وصفه النقاد بأنه كثير الخطأ والتدليس[6] حتى قال ابن حزم فيه

(١) المغني لابن قدامة (٦/٧١).

(٢) سورة الملك: الآية ١٤.

(٣) قال ابن حزم نفسه: «... فكيف ولا حجة في قول أحد، ولا فعله دون رسول الله ﷺ». انظر المحلى (٩/٢١٩).

(٤) المحلى (٩/٢١٧).

(٥) المصدر السابق نفسه.

(٦) تقريب التهذيب (١/١٥٢).

نفسه في موضع آخر رداً على مخالفيه: «وهو هالك ليت شعري أبهذا يحتجون إذا وقفوا في عرصة القضاء يوم القيامة»(١). فيمكن أن نوجه إليه رحمه الله هذا الكلام نفسه، بالإضافة إلى أنَّه في العتق.

ثالثاً: إنَّ دليلهم الثالث، وكذا الرابع، مبنيان على أقوال تابعيين وهذا ليس بحجة بالإضافة إلى أنَّه معارض بأقوال تابعيين آخرين مثل الحسن البصري، وابن المسيب وعطاء، وقتادة، وأبان بن عثمان، وسليمان بن موسى ومكحول وغيرهم.(٢)

رابعاً: لا نسلم لهم أنَّ دليلهم الخامس يدل على المطلوب، فالمريض مرض الموت قد جاءه الموت باعتبار أنَّ سببه قد نزل به، والخوف من الهلاك قد توطن في قلبه، ولو سلم أنَّه لم يأته بعد فما يقول به الجمهور لا ينافي منطوق الآية، ولا مفهومها، فالآية تأمر بالإنفاق قبل الموت، والجمهور لا يمنعون المريض منه غير أنَّهم يقيدونه في وقت مرضه الذي يموت فيه بالثلث الذي أعطاه الله تعالى، وهذا التقييد لا ينافي الآية الكريمة بل تشير إليه، لأنَّها لا تدل على الأمر بإنفاق جميع المال بل بإنفاق بعضه المدلول عليه بلفظ: ﴿مِن مَّا رزقناكم﴾ حيث إن «من» للتبغيض هنا فأصبحت الآية الكريمة حجة للجمهور، لا عليهم.

ويمكن أن نناقش أدلة الجمهور بما يأتي:

أولاً: حديثهم الأول فيه ضعف في سنده ـ كما سبق ـ فلا ينهض حجة، ولو سلم صحته فلا حجة فيه حيث يمكن أن يحمل على الوصية(٣)، ثمَّ إنَّه في جميع طرقه ليس فيها ذكر المرض مرض الموت فمن أين أتيتم بهذه الزيادة على النص؟ فهذا التقييد بمرض الموت ليس عليه دليل في هذه الطرق، ولا من العقل، حيث يمكن أن يموت الصحيح فجأة، أو من مرض خفيف، بل كل ما في هذه الطرق هو ذكر: «عند موته أو موتكم» وهذا يقتضي أن يكون الحكم منوطاً بالتصرف الذي أنشأه قبيل موته سواء كان مريضاً، أو صحيحاً، في حين أنَّ الجمهور جعلوا تصرف الصحيح قبيل موته صحيحاً نافذاً، وتصرف المريض مرض الموت ولو كان قبل موته بأيام مقيداً بالثلث(٤).

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٣١٧).

(٢) انظر صحيح البخاري مع فتح الباري (٩/٣٦١)؛ والمحلى (٩/٢٠٤).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/٢١١).

(٤) المحلى (٩/٢١١ ـ ٢١٢)، وهو قد ذكر بأنَّ هذه الآثار مخالفة لقولهم.

ويمكن أن نجيب عنها بأنَّ الحديث وإن كان في بعض طرقها ضعف إلَّا أنَّ كثرة طرقه وتعددها مما يمنحه قوة، بالإضافة إلى أنَّ رواية أبي الدراء التي رواها أحمد والبزار مقبولة قال فيها النقاد: إنَّها تتحمل.

وأما حمل الصدقة في الحديث على الوصية فلا يخلو من تعسف فقد رواه خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ بهذه اللفظة، وليس له لفظ آخر بلفظ الوصية، فلا أظن أنَّهم وهم أهل اللغة والفقه يطلقون لفظ الصدقة، ويريدون بها الوصية فقط، فإبقاء اللفظ على عمومه واجب إذا لم يكن له تخصيص، ولا تخصيص.

وأما تفسير «عند موته» بمرض الموت فهو تفسير جار على الغالب، لأنَّ الغالب أن يموت الإنسان في مرض أو في صفوف القتال أو نحو ذلك مما سبق، ثمَّ إذا لم يكن مريضاً مرضاً مخوفاً لا يستشعر الإنسان بقرب أجله. لأنَّه لو كان صحيحاً فكل المال له، وإنَّما يظهر أثر التصدق عليه بثلث ماله حينما يكون مريضاً يعاني من وطأته فيستوطن الخوف في قلبه، أو راكباً البحر فيصارع أمواجه المدمرة أو نحو ذلك ثمَّ إنَّ قضية الخوف من الهلاك إنما تتحقق عند هذه الحالات وحينئذٍ لا يبقى للمال عنده قيمة.

ثانياً: إنَّ حديث الجمهور الثاني ضعيف ـ كما بيَّنا ـ ويمكن أن يجاب عن ضعفه بأنَّه يمكن أن يجبر بما روى من أحاديث أخرى في هذا الموضوع.

ثالثاً: إنَّ حديثهم الثالث لا يدل على المدَّعي لوجوه أربعة:

الوجه الأول: إنَّه ليس فيه إلَّا العتق وحده، فإقحامهم غيره من التصرفات معه غير مسلم[1].

الوجه الثاني: أنَّه ليس فيه دلالة على أنَّ ذلك نفذ من الثلث لكونه من فعل المريض، بل ولا يشير إلى ذلك إطلاقاً. وإنَّما المنصوص فيه «أنَّه أعتق عند موته» فكان مقتضى استدلالهم به أن يجعلوا هذا الحكم منوطاً بالإعتاق عند الموت سواء كان من صحيح أو من مريض ثمَّ مات بعده، لا أن يجعلوا خاصاً بالمريض الذي أعتق ثمَّ تراخي موته، فإنَّه لا يدخل في منطوق الحديث، لأنَّه لم يعتق عند موته بلا شك، إذن فقد خالفوا مدلول الخبر الذي احتجوا به.

الوجه الثالث: أنَّ هذا الخبر حجة للظاهرية لا عليهم وذلك لأنَّ هذا الإنسان لم

---

(١) المحلى (٩/٢١٥ ـ ٢١٧).

يبق لنفسه شيئاً أصلاً، كما يشهد لذلك نص الحديث بأنَّه لم يكن له مال غيرهم، قال ابن حزم: «إنَّ هذا الإنسان لم يبق لنفسه شيئاً أصـلاً... وهذا عندنا مردود الفعل ـ صحيحاً كان أو مريضاً ـ ولا يجوز لأحد في ماله عتق تطوع، ولا صدقة تطوع، ولا هبة يُبَتُّ بها إلَّا فيما أبقى غني كما قال عليه السلام: «الصدقة عن ظهر غنى»[1]. إذن فسبب جعله ﷺ تصرفه من الثلث ليس بسبب كونه مريضاً، وإنما بسبب كونه لا يملك غيرهم، ويؤكد هذا المعنى أكثر أنَّ الرسول ﷺ قد أبطل عتق إنسان صحيح لم يكن له مال غيره مع أنَّه لم يمت بعده فقد روى البخاري في صحيحه بسنده عن جابر بن عبدالله أنَّ رجلًا أعتق عبداً له لم يكن له مال غيره فرده رسول الله ﷺ وابتاعه منه نعيم بن الفحام»[2].

الوجه الرابع: أن يحمل الحديث على الوصية بالعتق، ويشهد لذلك ما روى مسلم في صحيحه أنَّ رجلًا أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله فجزأهم أثلاثاً»[3] قال ابن حزم: فصح أنَّ ذلك العتق إنما كان وصية، ولا خلاف في أنَّها من الصحيح والمريض سواء في أنها تكون من الثلث[4].

ويمكن أن نجيب عن هذه الوجوه الأربعة كالآتي:

أما الجواب عن الوجه الأول فهو أنَّه إذا ثبت أن عتق المريض يختلف عن عتق الصحيح انهارت دعوى الظاهرية، لأنَّ دعواهم ـ ولا سيما ابن حزم ـ عامة في عدم الفرق بين جميع تصرفات المريض والصحيح[5]، ثمَّ إذا أُثبت في العتق كما سلموا به فنقيس عليه التصرفات التي لا عوض لها كالتبرعات دون الالتفات إلى رأيهم في عدم الاعتراف بالقياس، ولا سيما القياس الجلي فقد قال الحافظ ابن الصلاح الشهرزوري: إنَّ خلافهم في نفي القياس الجلي لا يعتد به[6].

وأما الجواب عن الوجه الثاني فهو أننا نسلم أنَّه لا يوجد لفظ: «المريض» في الحديث، لكنه لا نسلم أنَّه لا يدل عليه فلفظ «عند موته» يشير إليه كما سبق أن

(١) المحلى (٩/٢١٥).
(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري، كتاب الخصومات (٥/٧٢).
(٣) صحيح مسلم، كتاب الإيمان (٣/١٢٨٨).
(٤) المحلى (٩/٢١٦ ـ ٢١٧).
(٥) المحلى (٩/٢١٧).
(٦) فتاوى ابن الصلاح، ط مكتبة ابن تيمية بالقاهرة ص (٤٠).

أوضحناه فسياق الحديث يدل على أنَّه أقدم على هذا التصرف لما شعر بقرب موته من خلال مرضه المخوف الذي ألمَّ به.

وأما الجواب عن الوجه الثالث فلا نسلم أنَّه دليل لهم، لأنَّ مذهبهم هو أنَّ الذي تصدق بجميع ماله ترد عليه صدقته بقدر ما يبقيه غني، حيث قال ابن حزم نفسه: «وكل عتق، وصدقة، وهبة أبقى غنى فهو حلال... والحلال لا يجوز رده، وكل ما لم يبق غنى... فهو الإسراف والتبذير»[1]. فالتقييد بالثلث في رد صدقة من لا مال له ليس مذهبهم، فلم يقولوا إذن بمقتضى الحديث المذكور، فنصل إلى أن تجزءة العبيد أثلاثاً في الحديث ليس لأجل الإبقاء على الغنى أو عدمه بل لأجل كونه مريضاً مرض الموت.

ثمَّ لا نسلم أنَّ الحديث الذي استشهد به الظاهرية يؤكد المعنى الذي ذهبوا إليه، فما استنتجه ابن حزم منهما قد جانبه فيه العمق والدقة المطلوبة، فالذي نلاحظ أنَّ هناك فرقاً كبيراً بين الحديثين يصل المتعمق من خلالهما إلى كونهما دليلين للجمهور، وذلك لأنَّ الحديث الذي استشهد به الجمهور والذي فيه «عند موته» يدل على أنَّ النبي ﷺ قد نفذ تصرفه في الثلث في حين أنَّ الحديث الثاني الذي لم يكن فيه هذه اللفظة قد نص على أنَّه ﷺ قد ردَّ عليه عتقه بالكامل، ولم يثلث له تصرفه[2] مع أنَّه يوجد في كلا الحديثين النص على أنَّه ليس له مال، غيرهم، أو غيره، فلو كان المناط عدم وجود المال لما كان الحكم يختلف.

فالذي نلاحظ أنَّ الأول كان مريضاً مرض الموت فأعتق جميع عبيده فمات في مرضه هذا فأخذ تصرفه حكم الوصية وهذا ما يقول به الجمهور، وأمَّا الشخص الثاني فقد كان صحيحاً لم يمت لكنه أفلس وأصبح معدماً بعتقه العبد الوحيد الذي يملكه ولا يملك غيره، وكان مديناً وهذا ما أشار إليه الإمام البخاري حيث ترجم له (باب من باع مال المفلس أو المعدم فقسمه بين الغرباء، أو أعطاه حتى ينفق على نفسه)[3].

---

(١) المحلى لابن حزم (١٩١/٩).

(٢) ولا يقال: إنَّه لم يقل الرسول ﷺ بالثلث خوفاً من تجزءة العبد الواحد إلى كون بعضه حراً، وبعضه عبداً، لأنَّ ذلك جائز في الشرع بنص قوله ﷺ فيما رواه مسلم في صحيحه (١٢٨٦/٣): «من أعتق نصيباً له في عبد فكان له من المال قدر ما يبلغ قيمته قوم عليه قيمة عدل، وإلَّا فقد عتق منه ما عتق».

(٣) صحيح البخاري، كتاب الاستقراض (٦٥/٥).

قال الحافظ ابن حجر: «وقد ثبت في بعض طرق حديث جابر في قصة المدير أنَّه كان عليه دين أخرجه النسائي وغيره»(١).

وأما الجواب عن الوجه الرابع فهو أنَّ ما قالوه تأويل بعيد، وتكلف بيِّن، وأنَّه خلاف الظاهر، فكيف قبله أهل الظاهر! فحمل «أعتق مملوكين...» على: «أوصى...» بعيد جداً عن اللغة، والفقه لا يلجأ إليه إلَّا عند عدم إمكان حمل اللفظ على حقيقته، أو مجازه القريب، وهنا يثور سؤال: ماذا تفعل بالرواية الثانية التي جاءت بلفظ: «أنَّ رجلاً أوصى عند موته فأعتق...» وهي أيضاً صحيحة؟.

نقول: إما أن نلجأ ـ على ضوء قواعد التعارض والترجيح ـ إلى الجمع أو إلى الترجيح، فالجمع يتحقق بينهما إذا حملنا الحديثين على حادثين مختلفين بأن نقول: إنَّهما في رجلين كان أحدهما أعتق ستة مملوكين له عند موته، والثاني كان لرجل آخر أوصى بعتقهم فعلى هذا فكل حديث يدل على واقعة مستقلة وحكمها الخاص بها وتبقى حجة الجمهور قائمة أيضاً حيث إنَّ أحدهما يدل على أنَّ من أعتق عبيده عند موته وليس له غيرهم يثلثون ويعتق ثلثهم، والثاني يدل على أنَّ من أوصى بعتق جميع عبيده وليس له غيرهم تكون وصيته في الثلث.

وهذا هو الأولى، لأنَّ إعمال الدليلين أولى من إلغاء أحدهما، وهو الظاهر، لأنَّ جميع روايات الحديثين ذكرت الواقعة بلفظ: «أنَّ رجلاً...» أي بصيغة النكرة الدالة على الماهية غير المعينة، ولهذا قال النووي: «وفيه دلالة لمذهب الجمهور في إثبات القرعة في العتق، وأنَّه إذا أعتق عبيداً في مرض موته، أو أوصى بعتقهم، ولا يخرجون من الثلث أقرع بينهم وقال في شرح السنة: فيه دليل على أنَّ العتق المنجز في مرض الموت كالوصية»(٢).

وإذا جنحنا نحو الترجيح وذلك بأنَّ تحمل الروايتان على واقعة واحدة فنقول: إنَّ رواية «أعتق...» أي بصيغة الجزم والتنجيز أرجح من رواية «أوصى» أي بالعتق، مع أنَّ كلتيهما صحيحتان رواهما الإمام مسلم ـ كما سبق ـ لكن رواية «أعتق...» أكثر طرقاً فالإمام مسلم قد روى الحديث من أربع طرق: ثلاث منها بلفظ «أعتق» وهي طرق: ابن علية، وحماد، ويزيد بن زريع، وواحدة منها بلفظ «أوصى...» وهي

---

(١) فتح الباري (٥/٦٦).

(٢) نقلاً عن عون المعبود شرح سنن أبي داود (١٠/٥٠٠).

طريق الثقفي[1]. وأما الأئمة: مالك وأبو داود والترمذي والنسائي فلم يرووا هذا الحديث إلَّا بلفظ التنجيز ـ أي بلفظ: «أعتق» ـ ولم يتطرقوا إلى الرواية الأخرى قط[2].

فعلى هذا فرواية واحدة لمسلم لا يمكن أن تعارض بها ثلاث روايات له، وما رواه هؤلاء الأئمة. غير أنَّ الأجدر بالقبول هو الجمع بأنهما لرجلين وليستا لرجل واحد، لأنَّ إعمالها أولى من إلغاء أحدهما، ولا سيما أنَّ القول بأنهما لرجل واحد يؤدي إلى إسناد عدم الدقة لرواة رواية صحيحة، وهو عدم التفرقة بين لفظ «أعتق» وبين: «أوصى بالعتق» وهذا لا يليق برواة بلغوا القمة في الضبط والدقة.

رابعاً: إنَّ حديث الجمهور الرابع قد روى من طرق كثيرة بلفظ: «أفأوصي» والقصة واحدة فيحمل ما رواه الآخرون بلفظ «أفأتصدق..» على الوصية قال ابن حزم: «فصح أنَّ الذين رووا لفظ: «أفأتصدق» عن الزهري إنما عنوا به الوصية بلا شك، لا الصدقة في حال الحياة، لأنَّه كله خبر واحد عن مقام واحد عن رجل واحد في حكم واحد، وكل وصية صدقة، وليس، كل صدقة وصية»، كما أنَّه ليس في هذا الخبر نص ولا دليل على أنَّ ذلك الحكم في المرض خاصة دون الصحة...»[3].

ويمكن الجواب عن ذلك بأنَّه لا يمكن لأحد أن يقطع بأي الراوي الفلاني قد أراد بلفظ الصدقة الدالة على التنجيز: الوصية المعلقة لما بعد الموت، فمن أين لابن حزم أن يقطع بتحقق هذه الإرادة التي هي أمر معنوي لا يعلمه إلَّا الله تعالى، ثمَّ ما المانع من تكرر السؤال على الرغم من وحدة الزمان والمكان، والشخص؟ أو ليس من الممكن أن يكون سعد رضي الله عنه قد سأل النبي ﷺ عن أن يتصدق في الحال بثلثي ماله ثمَّ لما لم يأذن له إلَّا في الثلث، سأله أن يوصي بثلثي ماله. ولا سيما أنَّ في ذلك جمعاً بين الروايات الصحيحة، وأنَّ القاعدة التي تسود الفقه الإسلامي هي أنَّ إعمال الدليلين أولى من إلغاء أحدهما، ويشهد لذلك بعض روايات صحيحة عنها أنَّه قال: «دعني أقسم مالي...»[4] كما سبق تفصيل ذلك ـ فهل نتهم هؤلاء الرواة الأئمة مثل مالك وابن عيينة، والزهري ـ وهم من هم ـ بأنَّهم لا يفرقون بين لفظي: «أفأوصي..» و«أفأتصدق» مع وجود فرق كبير بينهما لغة وفقهاً؟!!.

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الإيمان (١٢٨٨/٣).

(٢) الموطأ ص (٤٨٤)؛ وسنن أبي داود مع العون (٥٠/١٠)؛ والترمذي مع التحفة (٦٠١/٤)؛ والنسائي (٥١/٤ ـ ٥٢)؛ ويراجع تلخيص الحبير (٩٣/٣).

(٣) المحلى لابن حزم (٢١٢/٩ ـ ٢١٤).

(٤) صحيح مسلم (١٢٥٢/٣).

وأما قول ابن حزم: «إنَّه ليس فيه أي دلالة على أنَّ ذلك الحكم في المرض خاصة دون الصحة. . .»[1] فمردود من وجهين:

الوجه الأول: أنَّ سؤال سعد ـ بالإضافة إلى واقع حاله ـ كان خاصاً بمن بلغ به الوجع والمرض حتى يئس من الحياة وعلم أنَّه لا مفر من الموت حيث قال: «كان ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى. . . أفأتصدق بثلثي مالي؟[2].

وفي رواية صحيحة أخرى: «أنَّه كان يبكي وقال له: خشيت أن أموت. .»[3] وفي رواية أخرى: «أشفيت منه على الموت»[4]، فكان جواب رسول الله: «لا. . . فالثلث» معاداً فيه السؤال كما هو مقتضى عرف أهل اللغة[5] حينئذٍ يكون الحكم مخصوصاً بصدقة من كان مريضاً يخاف الموت، نعم إنَّه عام لكل من كان في مثل هذه الحالة، ولا يتخصص بسعد رضي الله عنه[6].

الوجه الثاني: أنَّ كلام ابن حزم مبني على ترجيح لفظ «أفأوصي» على لفظ: «أفأتصدق» في حين أننا أثبتنا ترجيح الثاني عليه أو ورودهما دون تعارض ـ كما سبق ـ.

ثمَّ ناقش ابن حزم الآثار التي أوردها الجمهور فقال في أثر أبي بكر الصديق: «وليس فيه دليل على الدعوى، لأنَّه لا يختلف إثنان ـ وهم معنا ـ في أنَّه رضي الله عنه إنَّما عنى: أنَّه مال الوارث بعد موته، وأنَّه لم يعن بذلك أنَّ مال المريض الذي يموت من ذلك المرض للوارث ما دام بشيء من الروح في المريض، ولا خلاف في أنَّ أسماء لو ماتت، إذ قال أبو بكر هذا القول لها لما ورث عبدالله، وعروة، والمنذر أولادها من مال أبي بكر حبة خردل»[7]، أي لو كان حق الوارث كأسماء قد تعلق بمال

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٢١٤).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٣/١٦٤)؛ ومسلم (٣/١٢٥٠).

(٣) صحيح مسلم (٣/١٢٥١).

(٤) فتح الباري (٥/٣٦٣).

(٥) فمن قال لآخر: هل يجوز لي أن أعمل في التجارة فأجابه بـ: «نعم» يكون المعنى: نعم يجوز لك العمل في التجارة وليس معناه العموم في الجواب يقول ابن مالك:

وحذف ما يعلم جائز كما … تقول زيد بعد من عندكما
وفي جواب كيف زيد قل: دنف … فزيد استغنى عنه إذ عرف

(٦) راجع في تفصيل هذه المسألة تخريج الفروع للزنجاني ص (١٨١، ١٩٤).

(٧) المحلى (٩/٢١٧).

أبي بكر ـ وهو في مرض الموت ـ لكان الأمر يقتضي أن ينتقل هذا الحق إلى ورثتها فيما لو ماتت وهو في مرض الموت، مع أنَّه لا خلاف في عدم الانتقال فدل على أنَّه لا تعلق للورثة بمال المورث ما دام الروح في جسده.

ويمكن أن نجيب عن ذلك بأنَّ الجمهور لا يقولون: إنَّ مال المريض مرض الموت ينتقل بالفعل إلى الورثة، لأنَّه لا انتقال إلَّا بالموت بنص القرآن الكريم، وإنما مرادهم بالوارث هو الوارث الذي يرث بالفعل بعد الموت، لا الشخص الذي مات قبل موت المورث ففي مثال ابن حزم لا تسمي أسماء على تقديره وارثة إذا ماتت قبل موت أبيها، ثمَّ إنَّ مدار استدلال الجمهور بهذا الأثر هو أنَّ الصديق رضي الله عنه قد فرق بين الحالتين: حالة عدم مرضه المخوف حيث كان لعائشة رضي الله عنها الحق في أن يتملك ما نحلها، وحاله مرضه الخطير التي منعها من تملك ما نحلها، فلا ينكر الفرق بين الحالتين ـ من حيث الحكم ـ إذن لا بدَّ أن ينظر إلى السبب فيه، ولا يوجد سبب آخر غير وجود المرض المخيف، وعدمه.

ثمَّ قال ابن حزم متمماً مناقشته للآثار التي استدل بها الجمهور: وأمَّا الرواية عن علي فمنقطعة، لأنَّ الحسن لم يسمع من علي شيئاً، وأما الخبر عن ابن مسعود فمرسل، لأنَّ الحسن، والقاسم بن عبد الرحمن لم يدركاه، ثمَّ لو صح لما كان لهم فيه حجة. . . فكيف ولا حجة في قول أحد، ولا فعله دون رسول الله ﷺ[1].

والجواب عن ذلك أنَّ مدار أدلة الجمهور ليست على هذه الآثار وإنما ذكروها للاستدلال على شهرة هذا الحكم بين الأصحاب والتابعين.

ثمَّ ناقش الظاهرية دعوى الجمهور الإجماع بأنها غير مسلمة قال ابن حزم: «. . . وقد أوردنا في صدر هذه المسألة بأصح طريق عن مسروق خلاف قولهم وأن عتق المريض من رأس ماله وإن مات من مرضه»[2]، هذا. ويمكن أن يجاب عنه بأنَّ الإجماع كان للصحابة في عهد عثمان كما ادَّعى ذلك ابن قدامة[3]، فهو أسبق من قول مسروق الذي هو من التابعين.

والذي يظهر لي أن دعوى الإجماع الصريح لا تستقيم، لأن ابن الزبير قد خالف عثمان ـ كما سبق[4] ـ كما روى عن غيرهم[5]، غير أن تسليمنا بعدم استقرار الإجماع

(١) المحلى لابن حزم (٩/٢١٨ ـ ٢١٩).
(٢) المحلى (٩/٢١٨ ـ ٢١٩، ٢٢٠).
(٣) المغني لابن قدامة (٦/٣٣٠).
(٤) يراجع ص (٤٢٠).
(٥) يراجع المحلى (٩/٢١٨ ـ ٢٢١).

الصريح عليه لا يعني انهياراً لأدلة الجمهور فقد رأينا أن معظم أدلة الجمهور صمدت أمام المناقشة، فالأحاديث التي استدلوا بها قد بقيت سالمة عن القدح، أو أنها قد أجيب عما أثير حولها في حين أن أدلة الظاهرية لم تستطع الوقوف أمام النقد والمناقشة وعلى الرغم من أن ابن حزم قد خرج عن مسلك الظاهرية في الأدلة من جنوحه إلى التأويل البعيد للنص، وقوله بالقياس من باب معارضة الشيء بمثله، ، لكنه مع كل ذلك لم يستطع أن يقنع الباحث المتجرد بما سرده، لذلك فالذي تطمئن إليه النفس بعد هذا العرض هو رأي الجمهور، وهو أن من بلغت حالته ـ من مرض خطير ونحوه ـ حداً من خوف الهلاك، واليأس من الحياة وتصرف في هذه الحالة تصرفات، ثم مات فيها فإن معاوضاته المالية تقيد بأن لا يكون فيها غبن فاحش ومحاباة، وإن تبرعاته تأخذ حكم الوصية من عدم جوازها للورثة إلا بإذن الورثة، وجوازها للأجنبي لكنها تكون من الثلث، وما زاد عليه لا ينفذ إلا بإذن الورثة، وأن تصرفاته الشخصية عن نكاح وطلاق ورجعية وخلع ونحوها، صحيحة نافذة، وأن الراجح في الطلاق الفار هو أن المطلقة البائنة تأخذ إرثها إذا مات زوجها المريض ـ أو نحوه ـ وهي لا تزال في عدتها بشروطه.

فعلى هذا فالتقييد إنما يدخل في التبرعات، أما تصرفاته الشخصية فلا تقييد فيها على الإطلاق، وأما عقوده المالية فلا يدخل فيها التقييد لرضاه في نظري حتى عند الجمهور، لأن التقييد خاص بالغبن الفاحش والمحاباة الزائدة على الثلث، وهذا بوحده سبب من أسباب الخيار لفسخ العقد أو رفع الغبن ـ كما سيأتي ـ غير أن هذا الحق لما لم يتمتع به المريض المورث ينتقل إلى الورثة فيطالبون العاقد المستفيد برفع الغبن والمحاباة الزائدة عن الثلث، أو فسخ العقد[1]، ثم إنه من الجدير بالتنويه به أن المريض مرض الموت ـ أو نحوه ـ لا يكون مقيداً في رضاه وإرادته ما دام حياً، وإنما يظهر أثر مرضه في التصرفات بعد موته فحكم تصرفاته حكم تصرفات الصحيح ما دام حياً لكنه حينما يموت ننظر فيها فما كان واقعاً في مرضه المخيف أو حالة خوفه من الهلاك نطبق عليه القاعدة السابقة.

---

(١) غير أن انتقال حق المطالبة إلى الورثة إنما يتحقق فيما يتعلق بالثلثين، لأن الثلث هو حق المورث. فالمحاباة تأخذ حكم التبرع والوصية فتكون من الثلث، وفي هذا الحد لا حجر على تصرف المورث، لأن الثلث حقه فله أن يتبرع به، وأما إذا تجاوزت المحاباة دائرة حقه إلى دائرة حقهم فحينئذ لهم الحق في إقرارها، أو عدمه.
إذا فلا تقييد في المعاوضات التي تمت بثمن المثل، ولا في المعاوضات التي تمت بمحاباة في حدود الثلث، وإنما التقييد في المعاوضات التي تمت بمحاباة زائدة عن الثلث هذا، الله أعلم.

وأياً ما كان فإن للمرض المخيف ونحوه أثراً في تقييد الرضا وسلطانه، ذلك أن المرض الخطير الذي جعل صاحبه ييأس من الحياة يحدث خللاً لا ينكر في رضاه، فلا يكون رضاه طموحاً ولاطليقاً كرضا الصحيح بالإضافة إلى أنه في آخر عمره ويأسه من الحياة وحرمانه من التمتع بأمواله لا يعتني بماله ولا يعطيه أولوية كما لو كان صحيحاً، وهذا ما أشار إليه الرسول الكريم ﷺ في حديث صحيح حينما سئل عن أفضل الصدقة؟ فقال: «أن تصدق وأنت صحيح حريص تأمل الغنى، وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان»[1]، فالحديث يشير إلى الصدقة، والوصية، والإقرار، قال الحافظ ابن حجر: والمراد بالصحة في الحديث من لم يدخل في مرض مخوف فيتصدق عند انقطاع أمله من الحياة كما أشار إليه في آخره بقوله: «ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم»[2]. ثم أشار الحافظ إلى أن سبب أفضلية صدقة الصحيح يعود إلى أن قصده صحيح فقال: «ولما كانت مجاهدة النفس على إخراج المال مع قيام مانع الشح دالاً على صحة القصد كان ذلك أفضل من غيره»[3]. قال الخطابي: «وفي الحديث دلالة على أن المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه، وأن سخاوته بالمال في مرضه لا تمحو عنه شيمة البخل، فلذلك شرط صحة البدن في الشح بالمال، لأنه في الحالتين يجد للمال وقعاً في قلبه لما يأمله من البقاء فيحذر معه الفقر»[4].

وأشار الكرماني إلى أن السبب يعود إلى أن المريض مرض الموت قد خرج عن الاستقلال بالتصرف فيما يشاء، فلذلك نقص ثوابه عن حال الصحة[5]، ومن هنا لاحظ الفقه الإسلامي مصلحة المريض مرض الموت، ومصلحة الورثة والدائنين، فأعطاه

---

(١) رواه البخاري وغيره.

انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الوصايا (٥/٣٧٣).

وقد قال بعض الصالحين في بعض أهل الترف: «يعصون الله في أموالهم مرتين، يبخلون بها وهي في أيديهم يعني في الحياة، ويسرفون فيها إذا خرجت عن أيديهم يعني بعد الموت». وذلك لأن الشيطان يعدهم الفقر في الحياة، ثم يزين لهم الحيف في الوصية والظلم فيها، فتح الباري (٥/٢٧٤).

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٣/٢٨٥)؛ ويراجع عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٧/٢١٣).

(٣) فتح الباري (٣/٢٨٥).

(٤) فتح الباري (٣/٢٨٥)، وعمدة القاري (٧/٢١٣).

(٥) فتح الباري (٣/٢٨٥).

الحق في الثلث بالنسبة للتبرعات إن لم يكن دينه مستغرقاً، كما أعطاه الحق في التصرفات المالية لكن بشرط عدم تجاوز الغبن والمحاباة عن الثلث كما أعطى الورثة الحق في الثلثين الباقيين، كما لاحظ الفقه الإسلامي الظروف النفسية والعاطفية التي يقع فيها المريض أثناء مرضه الذي لا يرجو الشفاء، فسرعان ما يخضع لأي تأثير خارجي أو داخلي، فقد يوهمه رجل بالشفاء، أو بأي عمل ما فيتبرع بجميع ما لديه من مال، أو قد يقوم بخدمته شخص فيتنازل له عن كل ما يملكه، أو عن أكثره، لأنه في هذه الحالة لا يعنيه المال بقدر ما تعنيه راحته النفسية، لكن الشرع الحكيم لا يخضع لمثل هذه النزعات، بل يحكم عليها بمنظار بعيد المدى، فيراعي حقوق الورثة والدائنين، ومن جهة أخرى أن المال في الإسلام مال الله وأن الله تعالى مستخلفنا فيه لأداء وظيفته الاجتماعية على أحسن ما يرام، والرجل المريض مرض الموت أو نحوه بحكم الحالة التي هو فيها غير مهيىء لاستغلاله استغلالاً جيداً فتكون تصرفاته مقيدة بالمصلحة وعدم الإضرار بمن له حق عليه من الورثة والدائنين، ولذلك جاء تقييد رضاه موافقاً للشرع الشريف، والعقل المستقيم.

الغصن الثاني
رضا المدين المفلس

نبحث في هذا الغصن عن: التعريف بالمدين المفلس، وعن أثر الإفلاس في سلطان الرضا، وبيان نوعي الإفلاس، وآثار الحجر على المفلس في الفقرات الآتية:

١ ـ التعريف بالمدين المفلس:

يطلق الدين في أصل اللغة على كل ماله أجل، وأما الذي لا أجل له فيسمى قرضاً، وقد يطلق على النوع الثاني أيضاً، كما يطلق على كل شيء غائب[١]، وفي اصطلاح الفقهاء: اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو مبيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة، وهو المهر، أو استئجار[٢] عين.

---

(١) لسان العرب ص (١٤٦٧)؛ والقاموس المحيط (٢٢٦/٣)؛ والمصباح المنير (٢٢٠/١)؛ مادة (دان).

(٢) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٤٣١/٥). وقد اختصر هذا التعريف ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار (١٧٦/٤)، فقال: «هو ما وجب في الذمة بعقد، أو استهلاك، أو قرض»، وقد انتقد تعريف ابن الهمام بأن المعروف في مذهب الحنفية أن الدين ليس مالاً على =

وأما الإفلاس لغة فهو مصدر: أفلس يفلس، فيقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس، بعد أن كان ذا دراهم ودنانير، فكأنما صارت دراهمه فلوساً، ويقال أيضاً: أفلس إذا لم يبق له مال أي أنه صار إلى حال يقال له: ليس معه فلس، ويقال أيضاً: فلسه القاضي تفليساً أي نادى عليه: أنه مفلس[1]، والمفلس عند الإطلاق يراد به من لا درهم له ولا متاع، كما نطق بذلك أهل اللغة حيث ورد في الحديث الصحيح أن أصحاب رسول الله ﷺ قالوا - في جواب: «مَنِ المفلس؟» -: «المفلس من لا درهم له ولا متاع»[2]. ويسمى من كان له مال لكنه مستغرق بالدين بالمفلس أيضاً، لأن ماله لما كان مستحقاً للناس فكأنه لا مال له، ثم إن حقيقة المفلس - كما يقول العلامة الفيومي -: هي الانتقال من حالة اليسر إلى العسر[3]، وعلى هذا يختلف عن الفقر الذي لم يسبقه غنى.

= سبيل الحقيقة، ولذلك عدل عنه غيره فعرفوه بأنه مال حكمي، فقد نقل ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص (٣٥٤) عن الحاوي القدسي أنه عرف الدين بأنه: عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع، أو استهلاك، أو غيرهما» وكذلك عرفه الكاساني في البدائع (٥/٢٣٤) وغيره.

والأولى تعميم المال لكل ما هو قابل للإفادة منه سواء كان عيناً أو منفعة، وتعميم الدين لكل ما يطالب به من المال في الذمة سواء كان نظير مال، أو منفعة، وسواء كان حق الله تعالى أو حق العباد.

ويطلق الدين في عرف الفقهاء - ولا سيما الأحناف - في مقابل العين فيراد به: ما لا يتعين بالتعيين كالنقود مثل الدرهم، والدينار، فيكون المراد بالعين ما يتعين بالتعيين.

انظر فتح القدير مع شرح العناية (٥/١٠٨).

وراجع في مبحث الدين الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٥٤ - ٣٦٦)؛ والشيخ علي حسب الله، الولاية على المال والتعامل بالدين، ط. الجبلاوي بالقاهرة ١٩٦٧ ص (٨١...). هذا. وفي المذهب االشافعي خلاف أيضاً في أن الدين مال في الحقيقة أم هو حق، قال الزركشي في المنثور في القواعد (٢/١٦٠): «الدين هل هو مال في الحقيقة، أم هو حق مطالبة يصير مالاً في المال؟ فيه طريقان: ووجه الأول: أنه يثبت به حكم اليسار حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم، ولا تحل له الصدقة. ووجه الثاني: أن المالية من صفات «الموجود» وليس ههنا شيء موجود... وتتفرع عليه فروع: منها: هل يجوز بيع الدين من غير من عليه الدين؟ إن قلنا: إنه مال جاز، أو حق فلا. ومنها: أن الإبراء عن الدين إسقاط أو تمليك».

(١) لسان العرب ص (٣٤٦٠)؛ والقاموس المحيط (٢/٢٤٦).

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر (٤/١٩٩٧)؛ وأحمد في مسنده (٢/٣٠٣، ٣٣٤)؛ والترمذي في سننه مع التحفة، كتاب القيامة (٧/١٠١).

(٣) المصباح المنير (٢/١٣٧)؛ والمصادر اللغوية السابقة.

والمفلس في عرف الفقهاء هو: الذي ليس له مال يفي بديونه، فيشمل من لا مال له أصلاً وعليه ديون، ومن له مال لكنه قاصر[1]. قال ابن رشد: إن الإفلاس ـ وكذلك التفليس ـ يطلق في الشرع على معنيين:

أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه.

والثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلاً[2].

٢ ـ أثر الإفلاس في سلطان الرضا:

ولما كان للإفلاس نوعان ـ كما سبق ـ فلا بد أن نذكر أثر كل نوع في الرضا حتى يكون كلامنا دقيقاً وذلك كالآتي:

النوع الأول: المفلس الذي له مال لكنه لا يفي بديونه فقد اختلف الفقهاء في أثره في رضاه: فذهب أبو حنيفة[3] وزيد بن علي والناصر[4] ورأى داخل المذهب الإمامي[5] إلى أن الإفلاس ليس له أي أثر على تقييد الرضا في التصرفات، فلا يحجر

---

(١) تكملة فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣٢٤/٧)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٧٢/٩)؛ وبداية المجتهد (٢٨٤/٢)؛ والكافي لابن عبد البر (٨٢٣/٢)؛ والأم (١٧٦/٣)؛ والوجيز مع شرحه فتح العزيز (١٩٩/١٠)؛ والروضة (١٢٧/٤)؛ والغاية القصوى (٥١٤/١)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢٨٥/٢)؛ وتحفة المحتاج (١٢١/٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤٥٢/٤)؛ وحاشية الروض المربع (١٦٢/٥)؛ ونيل الأوطار (٤١٩/٦)؛ ومسالك الافهام (٤٣٧/٢). هذا وقد حمل بعض الفقهاء كالمالكية والماوردي والبندنيجي والمحاملي ـ الإفلاس أو التفليس على حجر الحاكم على المديون بشروطه. انظر: حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلي (٢٨٥/٢)؛ وتحفة المحتاج (١١٩/٢).

وراجع شرح ابن ميارة الفاسي على التحفة (٢٤٠/٢). هذا وقد أطلق المالكية الإفلاس أو التفليس على حكم الحاكم بخلع كل ما للمدين لغرمائه، وأطلقوا الفلس على ثبوت خلع كل المال لهم، أي من أحاط الدين بجميع ماله فهذه الإحاطة يسمونه بالفلس، ثم حكم الحاكم بالحجر وتقسيم أمواله يسمونه بالإفلاس والتفليس.

انظر: شرح ابن ميارة الفاسي على التحفة (٢٣٩/٢ ـ ٢٤٠). وراجع البحر الزخار (٨٠/٦...).

(٢) بداية المجتهد (٢٨٤/٢).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٣٢٤/٧)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (١٤٧/٦)؛ وتنقيح الفتاوى الحامدية (١٤٩/٢)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٧٢/٩).

(٤) البحر الزخار (٨/٦ ـ ٨٢)؛ ونيل الأوطار (٤٠٩/٦، ٤١٥).

(٥) مفتاح الكرامة للعاملي (٣١١/٥).

على المدين بسبب دينه، بل يبقى رضاه حراً طليقاً في التصرفات، فلا يجوز للحاكم أن يتصرف في ماله لأجل الغرماء ببيع ونحوه وإن طلبه الغرماء لكنه يحبسه إن كان له مال وامتنع عن الأداء حتى يبيعه في دينه، أو يموت فيقضي دينه من إرثه. ثم إن الحبس في عرف الفقهاء ليس كالحبس المعهود الآن لأنهم لا يمنعونه من التصرفات الشرعية، قال الكاساني (ت ٥٨٧ هـ): «فالمحبوس ممنوع عن الخروج إلى أشغاله ومهماته وإلى الجمع، والجماعات، والأعياد، وتشييع الجنائز، وعيادة المرضى، والزيارة، والضيافة، لأن الحبس للتوسل إلى قضاء الدين، فإذا منع عن أشغاله، ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع إلى قضاء الدين، ولا يمنع من دخول أقاربه عليه... ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء ونحوهما...، لأن الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات...»[1].

وذهب الظاهرية إلى عدم الحجر عليه لكنهم قالوا: يباع عليه كل ما يوجد له من مال، ثم يوزع على الغرماء إلّا أن يوجد له مثل ما عليه كأن يكون عليه دراهم وكانت عنده فتعطي غرماءه، أو وجد له طعام وكان عليه مثله فيعطي دائنه وهكذا، ولا يحل أن يسجن[2].

وذهب الجمهور: المالكية[3] وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة[4] والشافعية[5] والحنابلة[6]، ورأى داخل المذهب الإمامي[7] والعترة[8] إلى أن القاضي

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٧٩).
(٢) المحلى لابن حزم (٨/٦٢٤).
(٣) الكافي لابن عبد البر (٢/٨٢٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٦١)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٤)؛ وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/٢٣٣ وما بعدها)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٤)؛ وشرح الخرشي على المختصر (٥/٢٦٥).
(٤) تكملة فتح القدير مع شرح العناية (٧/٣٢٤)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٧٢)؛ وحاشية ابن عابدين (٦/١٤٧)؛ وتنقيح الفتاوى الحامدية (٢/١٤٩).
(٥) الأم (٣/١٧٦)؛ وفتح العزيز شرح الوجيز (١٠/١٩٩)؛ والروضة (٤/١٢٧)؛ والغاية القصوى (١/٥١٤)؛ وتحفة المحتاج (٥/١١٩)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/٢٨٦).
(٦) المغني لابن قدامة (٤/٤٥٣)؛ والروض المربع (٥/١٦٢)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٤٠)؛ والقواعد لابن رجب ص (١٤، ٨٧، ٣٢١).
(٧) مفتاح الكرامة للعاملي (٥/٣١٢).
(٨) نيل الأوطار (٦/٤١٥)؛ والروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير (٤/١٢٦ ـ ١٢٩).

يحجر عليه إذا طلب الغرماء منه ذلك، ثم يبيع ماله ويوزعه بين الغرماء إن امتنع المفلس بنفسه من بيعه وتقسيمه بينهم، وذلك بعد توفر هذه الشروط الآتية:

أ ـ ثبوت الدين في ذمة المدين بإقرار أو بينة[1].

ب ـ وأن يكون الدين حالاً ـ أي قد حل وقت أدائه، إذ لو كان مؤجلاً لم يحن وقت المطالبة به حتى يطالب الدائن بالحجر، وبالتالي لا يحجر عليه[2].

ج ـ أن يكون الدين مستغرقاً جميع ماله، أما إذا زاد المال على دينه فلا يحجر عليه، بل يأمر الحاكم بأن يفي بديونه فإن أبى سجنه، فإن أصر على عدم دفع الدين بعد ذلك قضى الحاكم دينه من ماله، وإن احتاج إلى بيعه باعه ثم يؤدي الدين من الثمن، أما إذا استوى الدين والمال بحيث كانت الديون بقدر المال وكان المدين كسوباً ينفق من كسبه فلا يحجر عليه أيضاً، وأما إذا لم يكن كسوباً، أو كان ولكن كسبه لا يكفيه، بل كان ينفق من ماله يحجر عليه، لأن ماله أصبح أقل من ديونه بعد تقدير الإنفاق فيه[3].

د ـ أن يطلب الدائنون أو بعضهم من الحاكم الحجر عليه، لأن الحجر لمصلحتهم، وأن الحق لهم، غير أن الدائن إذا لم يكن كامل الأهلية كالمجانين والصبيان، والمحجور عليهم بسفه فيحجر القاضي على المدين حفاظاً على أموالهم[4].

---

(١) تكملة فتح القدير (٧/٣٢٧)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٦٤)؛ والكافي لابن عبد البر (٢/٨٣٠)؛ والروضة (٤/١٢٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٤٥٣)؛ وتذكرة الفقهاء للحلي (٢/٥١).

(٢) ثم إن شرط الحلول معتبر عند المالكية للتفليس، ولكنه ليس بمعتبر لمنع المدين من التصرفات كما في المدونة. وأما عند غير المدونة فيشترط للأمر الثاني أيضاً. انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٢٦١) والمصادر السابقة.

(٣) شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٣٢٧)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٦٢)؛ والروضة (٤/١٢٩)؛ وتحفة المحتاج شرح المنهاج (٥/١٢١)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٢٨٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٤٨٤)؛ والروض المربع (٥/١٦٨).

(٤) المصادر السابقة. أما إذا لم يطلبه الغرماء، بل طلبه المفلس يسمع القاضي طلبه، ويحجر عليه على الأصح في المذهب الشافعي. الروضة (٤/١٢٨).

وهناك تفاصيل في بعض هذه الشروط، وتفريعات كثيرة لا يسمح منهج البحث بالخوض فيها[1].

٣ ـ آثار الحجر على المفلس:

ثم إذا توفرت الشروط السابقة يحكم القاضي بالحجر على المفلس على رأي الجمهور، وتترتب على ذلك عدة أحكام من أهمها:

الأول: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله، فلا يجوز له أن يتصرف تصرفاً يضر بالدائنين، ولا أن يحدث ديوناً جديدة ليزاحمهم بها[2].

الثاني: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء، وذلك بأن باعه شيئاً، أو أقرضه قبل الحجر، أو نحو ذلك وكان البائع لم يقبض الثمن[3]، في حين أن المفلس قد قبض المبيع وبقي عنده إلى أن حكم عليه بالحجر فصاحب هذا الشيء أو المتاع أو السلعة أحق به من غيره من الغرماء فيأتي ويأخذ ماله ـ أي يفسخ

---

(١) تراجع هذه التفصيلات مع تفريعاتها وما فيها من اختلاف في: الهداية مع تكلمة فتح القدير وشرح العناية (٣٢٧/٧)؛ وبدائع الصنائع (٤٤٧٢/٩)؛ وحاشية ابن عابدين (١٤٧/٦)؛ وتنقيح الفتاوى الحامية (١٤٩/٢)؛ ومجمع الأنهر (٤٤٣/٢)؛ وبداية المجتهد (٢٨٤/٢)؛ والكافي (٨٢٣/٢)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢٣٣/٢)؛ وشرح الخرشي على المختصر (٢٦٥/٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٦٤/٣)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٧٤)؛ والأم (١٧٦/٣)؛ وفتح العزيز (١٩٩/١٠)؛ والروضة (١٢٧/٤...)؛ والغاية القصوى (٥١٤/١)؛ وتحفة المحتاج (١٢١/٥)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢٨٦/٢)، والمغني لابن قدامة (٤٥٢/٤)؛ والروض المربع (١٦٢/٥)؛ ومسالك الإفهام (٤٣٧/٢)؛ والروض النضير (١٢٦/٥...)؛ ونيل الأوطار (٤١٥/٦).

(٢) شرح العناية مع تكلمة فتح القدير (٣٢٩/٧)؛ والروضة (١٤١/٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤٥٣/٤)؛ وحاشية الروض المربع (١٧١/٥).

(٣) أما إذا قبض الثمن كله فهذا قد انتهى أمره وليس له علاقة به ولا خلاف في ذلك، أما إذا قبض بعض الثمن فذهب جمهور القائلين بالحجر إلى أنه يكون مثل بقية الغرماء استدلالاً بأحاديث وآثار تدل على هذا الحكم غير أن الإمام الشافعي ذهب في أحد قوليه ـ وهو الراجح في المذهب ـ إلى أنه لا فرق بين تغير السلعة أو بقائها، ولا بين قبض بعض ثمنها، أو عدم قبض شيء منه ويشهد لقول الشافعي ما رواه في الأم (١٩١/٣) وما ذكره من حجج.
انظر: فتح الباري (٦٣/٥)؛ والروضة (١٤٧/٤)؛ وراجع السنن للدارقطني (٣٠/٣).

عقده بمجرد علمه بالحجر ـ. وهذا ما قال به الشافعية[1] والحنابلة[2] والمالكية لكنهم قالوا: ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس، فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها، أو يحاص الغرماء، وإن كانت أكثر، أو مساوية للثمن أخذها بعينها[3].

وذهب الحنفية إلى أنَّه ليس له ذلك، بل حاله حال بقية الغرماء[4]، وقد استدل الجمهور على هذا بحديث صحيح رواه البخاري ومسلم ومالك وغيرهم بسندهم أنَّ النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل ـ أو إنسان ـ قد أفلس فهو أحق به من غيره»[5]. وفي رواية عند مسلم: «فهو أحق به من. . . الغرماء»[6]. والحديث نص في الدعوى، وصريح في الدلالة على المطلوب، ولفظ: «ماله بعينه» يدل على أنَّ شرط استحقاق صاحب المال دون غيره أن يجد ماله بعينه لم يتغير ولم يتبدل، وإلَّا فإن تغيرت العين في ذاتها بالنقص مثلاً أو في صفة من صفاتها فهو أسوة بالغرماء[7]، وقد طبق القضاء الإسلامي فحوى هذا الحديث في أكثر من حادثة وقال في إحـداها قاضيها عثمان بن عفان رضي الله عنه: «من اقتضى من حقه قبل أن يفلس فهو له، ومن عرف متاعه بعينه فهو أحق به»[8].

---

(١) الروضة (١٤٧/٤)؛ والغاية القصوى (٥١٥/١).

(٢) المغني لابن قدامة (٤٥٧/٤).

(٣) بداية المجتهد (٢٨٧/٢).

(٤) الهداية مع تكملة فتح القدير وشرح العناية (٣٣٠/٧).

(٥) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الاستقراض (٦٢/٥)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (١١٩٣/٣)؛ والترمذي في سننه مع التحفة، كتاب البيوع (٤٧٥/٤)؛ والنسائي في سننه، كتاب البيوع (٢٧٤/٧)؛ وأبو داود في سننه مع العون، كتاب البيوع (٤٣١/٩)؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٧٩٠/٢)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٤٤/٦)؛ والدارقطني في سننه (٢٨/٣).

(٦) صحيح مسلم (١١٩٤/٣).

(٧) فتح الباري (٦٣/٥).

(٨) هذا الأثر رواه البخاري في صحيحه تعليقاً عن عثمان بصيغة الجزم بلفظ: قال سعيد بن المسيب: قضى عثمان من اقتضى. . . قال الحافظ ابن حجر: «ووصله أبو عبيد في كتاب الأموال، والبيهقي بإسناد صحيح إلى سعيد. . .». وكذلك رواه عنه الدارقطني.
انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري (٦٢/٥ ـ ٦٣)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٤٦/٦)؛ وسنن الدارقطني (٣٢/٣).

الثالث: إذا حجر عليه يُشهر حجره ندباً، ويطلب إعلام الناس بحاله في المشاهد والأسواق ويكون ذلك بأمر القاضي، وذلك حتى يعلم الناس حاله فلا يعاملونه إلَّا على بصيرة من أمره[١]، فقد روي أنَّ سيدنا عمر رضي الله عنه أعلن ذلك على المنبر[٢]. ثمَّ يقوم القاضي ببيع ماله، وإيفاء حقوق الغرماء مما باعه، أو من النقود التي عنده كالدراهم والدنانير، ويبادر القاضي ببيع ماله الذي ليس من جنس الدين بثمن المثل، أو أكثر منه، ثمَّ يقسمه على الدائنين حسب حصصهم، ولا يفرط في الاستعجال حتى لا يتضرر، ويبدأ ببيع ما يخاف فساده، ثمَّ الحيوان، ثمَّ سائر المنقولات، ثمَّ العقار الأيسر فالأيسر، ويستحب أن يحضر مجلس البيع المفلس والدائنون، ويباع جميع ما لديه لأداء دينه حتى مسكنه الخاص عند مالك[٣] والشافعي[٤] وصاحبي أبي حنيفة[٥]، لأنَّه من ضمن ما يجدونه وقد قال ﷺ في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه لغرمائه: «خذوا ما وجدتم»[٦]، وكذلك يباع خادمه، وكل شيء يملكه ما عدا الحاجات الضرورية من الملبس ونحوه، وينفق على المفلس وعلى من عليه نفقته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه[٧]. وذهب أحمد إلى أنَّه لا يباع مسكنه الخاص، لأنَّه لا غنى للمفلس عنه[٨]، والقول الأول

---

(١) تكملة فتح القدير مع العناية (٧/٣٢٨)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٧٦)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي (٢/٢٣٩)؛ والروضة (٤/١٣٠)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٤٨٧).

(٢) فقد روى البيهقي بسنده أنَّ رجلاً من جهينة... أفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد، أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج إلَّا أنَّه قد أدان معرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين فإنَّ أوله هم، وآخره حرب». انظر: السنن الكبرى (٦/٤٩).

(٣) بداية المجتهد (٢/٢٩١).

(٤) الروضة (٤/١٤٥).

(٥) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/١٥١).

(٦) الحديث رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (٣/١١٩١)؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٢/٧٨٩).

(٧) المصادر الفقهية السابقة. والخلاصة أنَّ المفلس إذا حجر عليه: وكان ذا كسب فتكون نفقته ونفقة من تلزمه من كسبه، وإن كان أقل منها كملناها من ماله، وإن لم يكن ذا كسب أنفق عليه وعلى من تجب عليه نفقته مدة الحجر قال ابن قدامة: لا نعلم في ذلك خلافاً. ثمَّ إن كان يقدر على الكسب لا يترك له شيء، وإن لم يكن قادراً يترك له القوام. انظر: المغني لابن قدامة (٤/٤٨٩ - ٤٩٠، ٤٩٤).

(٨) المغني لابن قدامة (٤/٤٩٢).

أحرى بالقبول للحديث المذكور، ولأنَّ المسكن يمكن أن يعوض بأن يؤجره ويبيع مسكنه، ثمَّ إنَّه لو قلنا بعدم بيع مسكنه لربما يستدين من الناس ثمَّ يبني به مسكناً، ثمَّ يبقي غرماؤه بدون أي شيء، فلا بدَّ لقاضي الموضوع أن يلاحظ الفرق بين مسكن صغير كان موجوداً قبل الاستدانة، وبين مسكن كبير اشتراه أو بناه بفلوس الدين.

الرابع: إذا حكم الحاكم بالإفلاس وقسم المال بين الغرماء ووفى المال بجميع ديونه انفكَّ الحجر بنفسه، ولكن إذا لم يف فهل ينفك بنفسه أم يفتقر إلى حكم الحاكم؟.

هذا ما ثار حوله خلاف فذهب جماعة منهم الشافعية على الوجه الراجح في المذهب[1] والحنابلة[2] وأبو يوسف من الحنفية[3] إلى أنَّه يحتاج إلى حكم الحاكم، لأنَّه ثبت بحكمه فلا يزول إلَّا بحكمه.

وذهب آخرون، منهم المالكية[4]، ورأي داخل المذهب الشافعي[5] ورواية لأحمد[6] إلى أنَّه ينفك بنفسه، لأنَّ الحجر لأجل أن لا يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالدائنين، وهو لم يبق ماله فزال عنه سبب الحجر.

ثمَّ إنَّه لا خلاف بين الفقهاء بأن الديون الباقية التي لم تف أمواله بها بعد توزيع الحاكم أمواله عليهم لا تسقط بل تسقط المطالبة بها لحين الميسرة، فتبقى ذمته مشغولة بها[7]، وإنما الخلاف في أنَّه هل يجبر على الكسب ونحوه؟.

فذهب جماعة منهم مالك[8] والشافعي[9] وأحمد في إحدى روايتيه[10] إلى أنَّه لا يجبر عليه، لقوله تعالى ﴿وإِنْ كانَ ذو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ﴾[11] ولقوله ﷺ للغرماء

(١) الروضة (٤/١٤٧).
(٢) المغني لابن قدامة (٤/٤٩٧).
(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/١٤٨).
(٤) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٢٦٨).
(٥) الروضة (٤/١٤٧).
(٦) المغني (٤/٤٩٧).
(٧) المصادر السابقة نفسها.
(٨) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٢٧٠).
(٩) الروضة (٤/١٤٦).
(١٠) المغني لابن قدامة (٤/٤٩٥).
(١١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

في الرجل الذي أفلس: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلَّا ذلك»[1].

وذهب أحمد في الرواية الثانية عنه[2] والظاهرية[3] إلى أنَّه يجبر على الكسب ويأخذ الغرماء ما فضل عن نفقته، ونفقة من عليه نفقته، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وسوار العنبري وإسحاق[4] وعبدالله بن أبي جعفر والليث بن سعد[5].

والراجح هو القول الأول لأنَّ النبي ﷺ لم يستكسب معاذاً بعد أن حجر على أمواله ووزعها بين غرمائه. فقد وردت عدَّة أحاديث في أنَّه حجر على معاذ، وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه... فقالوا: لو بعت لنا؟ قال: «ليس لكم إليه سبيل» وأخرجه البيهقي وزاد بأنَّه بعثه بعد ذلك إلى اليمن[6]، ورواه ابن ماجه بلفظ: «قال معاذ: إنَّ رسول الله استخلصني بمالي ثمَّ استعملني»[7]، وهذا لا يعني إعفاء المدين عن بقية ديونه، بل حينما يتوفر عنده المال الكافي يطالب به.

الخامس: يمنع بعد الحجر عليه من كل تصرف مالي يضر بدائنيه فلا تنفذ

---

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (١١٩١/٢)؛ والنسائي في سننه (٢٧٥/٧).

(٢) المغني لابن قدامة (٤٩٦/٤).

(٣) المحلى (٦٣٠/٨ - ٦٣٣) وقد دافع ابن حزم عن وجهة نظره: بأنَّ الآية السابقة لا تدل على دعواهم بل تدل على وجوب استئجاره، لأنَّ الله تعالى علَّق النظرة بالميسرة، وهي إما تكون بالسعي، أو بدون سعي كالإرث ونحوه وذا ليس في مقدوره، فيكون الأول واجباً لقوله تعالى: ﴿وابتَغوا من فَضْلِ اللَّه﴾ (الجمعة/ ١٠)، فنحن نجبره على ابتغاء فضل الله الذي أمره فنأمره، ونلزمه التكسب لينصف غرماءه ويقوم بعياله ونفسه، ولا ندعه يضيع نفسه وعياله، والحق اللازم له.

(٤) المغني لابن قدامة (٤٩٥/٤).

(٥) المحلى لابن حزم (٦٣٠/٨).

(٦) السنن الكبرى للبيهقي (٤٨/٦)، حيث روى بسنده عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شاباً جميلاً سمحاً من خير شباب قومه لا يسأل شيئاً إلَّا أعطاه، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى النبي ﷺ فكلم غرماءه، فلو تركوا أحداً من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله فباع لهم رسول الله ﷺ يعني ماله حتى قام معاذ بغير شيء». وفي رواية أخرى له: «أنَّ النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل وباعه في دين كان عليه».

(٧) سنن ابن ماجه كتاب الأحكام (٧٨٩/٢)؛ وراجع تلخيص الحبير (٣٨/٣)؛ ونيل الأوطار (٤١٤/٦).

تبرعاته المنجزة كالهبة والصدقة الواجبة والمندوبة والعتق ونحوها. أمَّا وصيته وتدبيره فيصحان لأنهما بعد الموت ويكونان من الثلث بعد أداء الدين، وأما معاوضته المالية كالبيع والشراء فالجمهور ـ وبه قال الحسن[1] وجماعة من التابعين ـ أنها لا تنفذ إلاَّ إذا وقعت منه بثمن المثل لوفاء الدين، على ما في ذلك من تفصيلات داخل المذاهب الفقهية[2]، وقال بعضهم ـ منهم الشافعي في قول ـ: يوقف تصرفه فإن كان قد بقي من ماله بعد قضاء ديونه نفذ فيه، وإلاَّ بطل[3]. وقال أبو يوسف، ومحمد يمنع من البيع والتصرف الذي يضر بالغرماء فعلى هذا لا يمنع من البيع بثمن المثل[4]، وأما تصرفاته التي أنشأها قبل أن يضيق ماله بالدين فصحيحة ونافذة قال الموفق الحنبلي: «لا نعلم في ذلك خلافاً[5]، وأما تصرفاته عندما يضيق ماله بدينه بحيث يستغرقه ولم يحكم عليه القاضي بالحجر عليه بعد فنافذة عند الجمهور[6]. غير أنَّ المالكية قالوا: إنَّه لا يجوز

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٦٢/٥).

(٢) فمثلاً يقول المالكية: إنَّ المدين له ثلاث أحوال:

الحالة الأولى: إحاطة الدين بماله قبل التفليس فلا يجوز له في هذه الحالة إتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه. فلا تجوز له هبة، ولا صدقة، ولا عتق، ولا وقف، ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه، وإذا فعل شيئاً من ذلك كان للغرماء إبطاله، ويجوز تصرفه إذا كان ذلك التصرف مالياً.

الحالة الثانية: قيام الغرماء عليه فيسجنونه، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه فيحولون بينه وبين ماله، ويمنعونه من التبرعات، والتصرفات المالية بالبيع، والشراء، والأخذ، والعطاء، ولو كانت بغير محاباة. ولهم قسم ماله بالمحاصة.

الحالة الثالثة: حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه، ويترتب على هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية، وقسم أمواله بين الغرماء، وحلول ما كان مؤجلاً.

انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦٤/٣)؛ والكافي لابن عبد البر (٨٢٩/٢)؛ وبداية المجتهد (٢٨٥/٢). ويراجع تكملة فتح القدير مع شرح العناية (٣٢٨/٧)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٤٨/٦)؛ والروضة (١٣٠/٤)؛ والغاية القصوى (٥١٥/١)؛ والمغني لابن قدامة (٤٥٣/٤)؛ وبقية المصادر السابقة.

(٣) الروضة (١٣٠/٤)؛ والغاية القصوى (٥١٥/١)؛ وفتح الباري (٦٣/٥).

(٤) تكملة فتح القدير (٣٢٨/٧)؛ وحاشية ابن عابدين (١٥١/٦).

(٥) حاشية الروض المربع (١٧١/٥). ويراجع: المغني لابن قدامة (٤٨٤/٤)؛ والكافي لابن عبد البر (٨٢٩/٢).

(٦) الروضة (١٣٤/٤)؛ والمغني (٤٨٤/٤)؛ والروض المربع (١٧١/٥).

له إتلاف شيء من ماله بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه، ومما لا تجري العادة بفعله وأما الذي يلزمه كنفقته، ونفقة من عليه نفقته فنافذ، وكذلك الأمور التي جرت العادة بفعلها كالأضحية، والنفقة في العيد، والصدقة اليسيرة، وأما بيعه وشراؤه فجائزان ما لم تكن فيهما محاباة، وكذلك يصح إقراره[1].

وأما تصرفاته في الذمة لا على المال، كأن يشتري شيئاً على ذمته، أو باع شيئاً سلماً، أو يضمن أحداً، أو يَقْرِض، أو يستأجر فصحيحة ونافذة لأنَّه أهل للتصرف، وأنها لا تضر بالغرماء وأنَّ الحجر متعلق بماله، لا بذمته، ولهذا لا يصح لبائعه حينئذٍ أن يطالبه ما دام محجوراً عليه، لأنَّ ماله مشغول بحق الغرماء، فإذا فُكَّ عنه الحجر طالبه به، غير أنَّ الذي عامل معه إن لم يكن عالماً بحاله من التفليس يخيّر[2].

وأما التصرفات غير المالية كالنكاح والطلاق، والخلع، واستيفاء القصاص، ونحوها فلا يمنع[3].

السادس: حلول الدين المؤجل عند بعض الفقهاء كمالك[4] والشافعي في أحد قوليه[5] وأحمد في إحدى روايتيه[6] فذهبوا إلى أنَّ ديون المفلس المؤجلة تصبح معجلة حالة بمجرد الحكم بالتفليس. وذهب الحنفية[7] والشافعي في قوله الآخر[8] وأحمد في أشهر روايتيه[9] إلى أنَّ الديون المؤجلة لا تكون حالة إلَّا بالموت.

السابع: سقوط الحبس، فإذا حجر عليه وقسم ماله سقط عليه الحبس، لأنَّ

---

(١) بداية المجتهد (٢/٢٨٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٦٤)؛ وشرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢/٢٤٠).

(٢) شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٣٢٨)؛ وحاشية ابن عابدين (٦/١٤٨)؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٦٥)؛ والروضة (٤/١٣١)؛ والغاية القصوى (١/٥١٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٤٨٦)؛ وحاشية الروض المربع (٥/١٧٤).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٦٤)؛ وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/٢٤٠).

(٥) الروضة (٤/١٢٨)؛ والغاية القصوى (١/٥١٥).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٤٨١)؛ والعدة.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص (٣٥٧).

(٨) الروضة (٤/١٢٨).

(٩) بل لم يذكر القاضي عن أحمد إلَّا هذه الرواية.
انظر: المغني لابن قدامة (٤/٤٨١)؛ وزاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٥/١٧٧).

الحبس لأجل امتناعه عن قسم أمواله، فإذا قسم فلا يبقى له مبرر[١]، وكذلك إذا وزع القاضي أمواله كلها على الدائنين، أو ثبت إعساره سقط حق مطالبته وملازمته[٢] خلافاً لأبي حنيفة حيث ذهب إلى أنَّه لا يسقط له هذا الحق[٣].

ثمَّ هل يشمل الحجر المال الذي يحدث بعد الحجر، أم يقتصر على المال الموجود عند حكم الحاكم عليه بالفلس؟

فيه رأيان:

فذهب الحنابلة[٤] ورأي راجح داخل المذهب الشافعي[٥] إلى أنَّ الحجر يشمل المال الموجود أثناء الحجر عليه، والمستحدث بعده سواء كان بإرث، أو وصية، أو اكتساب، أو هدية، أو نحوها. وهو الراجح لأن الحقوق تتعلق بذمته وهي مشغولة بها.

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية[٦] ووجه داخل المذهب الشافعي[٧] إلى أنَّه لا يشمل الحجر إلاَّ الموجود أثناء الحجر عليه.

النوع الثاني ـ المفلس الذي ليس له مال معلوم أصلاً:

فهذا لا يحجر عليه، إذ الحجر لأجل عدم التصرف في ماله تصرفاً ضاراً، وهو ليس له مال معلوم، فهو إذا ادَّعى الإعسار وصدقه الدائنون لم يحبس ولم تجز ملازمته[٨]، بل وجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وإنْ كانَ ذو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةَ﴾[٩]، ولقوله ﷺ لغرماء الرجل الذي كثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلاَّ ذلك»[١٠].

---

(١) المصادر السابقة جميعها.

(٢) المصادر السابقة؛ وراجع المغني لابن قدامة (٤/٤٩٧).

(٣) شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٧٢٩...).

(٤) الروض المرضع (٥/١٧٤).

(٥) الروضة (٤/١٣٣).

(٦) الهداية مع شرح العناية وتكملة فتح القدير (٧/٣٢٩ ـ ٣٣٠)، وأما رأي الإمام فهو عدم الحجر لكنه يقول: إنَّهم يأخذون فضل كسبه فيقسم بينهم بالحصص.

(٧) الروضة (٤/١٣٣).

(٨) وذهب أبو حنيفة إلى أنَّه يلازمه، ولا يخفى أنَّ أبا حنيفة لا يقول بحجره مطلقاً، انظر: الهداية مع شرح العناية (٧/٣٢٩).

(٩) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(١٠) الحديث صحيح رواه مسلم في صحيحه (٣/١١٩١).

ولأنَّ الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته وهي قد ثبتت بتصديقهم له ذلك، وإما لقضاء دينه وهو متعذر، لأنَّه لا يجد مالاً فلا فائدة في الحبس وكذلك الملازمة بالإضافة إلى أنَّهما تقييد لحريته فلا يفرضان إلَّا لفائدة مؤكدة، كما أنَّ الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير أداء الدين، والمعسر غير ظالم، لأنَّ الحديث قيد المطل بكونه من غني فقال: «مطل الغني ظلم»[1]. وأما إذا لم يصدقه الغريم أو الغرماء، ولم يكن له بينة على إعساره يحبس إلى أن يتبين صدقه، ويوكل به القاضي من يبحث عنه ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة فإذا غلب على ظنه - أي القاضي - بعد البحث والتحري إعساره أو قامت عليه بينة أطلق سراحه، لكنه لا يمنع دائنيه من ملازمته، والمشي معه، ومتابعته، ثمَّ إذا أقام المدين البينة على أنَّه ليس له مال، وأقام الدائن البينة على أنَّ له المال تقدم بينة الدائن على بينة المدين، لأنَّ بينته إثبات، وبينة المدين نفي، ثمَّ إذا أقام الدائن البينة، أو عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض، والبيع، أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه فإذا حلف أنَّه ذو مال حبس حتى تشهد البينة بإعساره، قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيدالله بن الحسن[2]، وخالفهم في الحبس الظاهرية[3]، حيث أنكروا مشروعية الحبس مطلقاً[4].

ثمَّ إنَّما يحبس إذا طلبه الغرماء أو بعضهم، لأنَّ الدين حقهم والحبس وسيلة إلى أدائه، ووسيلة حق الإنسان حقه، فلا ينفذ إلَّا بطلبه[5].

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٤/٤٦٤)؛ ومسلم في صحيحه (٣/١١٩٧)؛ وأبو داود في سننه مع العون (٩/١٩٥)؛ والترمذي في سننه مع التحفة (٤/٥٣٥)؛ وابن ماجه في سننه (٢/٨٠٣)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٥١، ٧٠)؛ والشافعي في الأم (٣/٢٠٣)؛ وأحمد في مسنده (٢/٤٦٣)؛ والنسائي في سننه (٧/٢٧٨).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/٤٩٩)؛ والإجماع لابن المنذر، ط. أنقره ١٩٨٣ ص (٩٩).

(٣) المحلى لابن حزم (٨/٦٢٤).

(٤) وراجع في هذه المسألة وما فيها من تفصيلات وتفريعات وخلاف في بعضها: تكملة فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٧/٣٢٤)؛ وبدائع الصنائع (٩/٤٤٧٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٢٦٤)؛ وبداية المجتهد (٢/٢٨٥)؛ والروضة (٤/١٢٧ - ١٧٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٤٩٩)؛ والمصادر السابقة.

(٥) بدائع الصنائع (٩/٤٤٧٣ - ٤٤٧٤).

ثمَّ إذا ثبت إعساره فهل يحبس لقاء ديونه؟.

فيه رأيان:

ذهب الجمهور[1] إلى أنَّه لا يحبس ولا يلازم، بل يمهل إلى أن يوسر، لقوله تعالى: ﴿وإنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَة﴾[2].

وذهب الحنفية إلى أنَّ لغرمائه أن يلازموه ويدوروا معه حيث دار، ولهم الحق أن يطلبوا من الحاكم حبسه، ويستجيب لهم الحاكم فيحبسه في كل دين لزمه بدلاً من مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض، وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة[3].

وأما ملازمة الدائن للمدين فقد دلَّت عليها أحاديث صحيحة منها ما رواه البخاري في صحيحه، وغيره عن كعب بن مالك أنَّه كان له مال على عبدالله بن أبي حدود الأسلمي فلقيه فلزمه فتكلما حتى ارتفعت الأصوات فمر بهما رسول الله ﷺ فقال: يا كعب ـ وأشار بيده كأنَّه يقول: النصف ـ فأخذ نصف ما عليه، وترك نصفاً[4]. وجه الاستدلال به أنَّ كعباً قد لزم مدينه، وأنَّ النبي ﷺ أقره عليه ولم ينكره.

ومنها ما رواه البيهقي بسنده عن هرماس بن حبيب عن أبيه عن جده، قال: أتيت النبي ﷺ بغريم لي فقال لي: «إلزمه»[5]. وجه الاستدلال به واضح حيث أمر ﷺ بملازمة المدين.

والقول الأول أحرى بالترجيح وذلك لأنَّ الحبس ضرر لا ينكر، فلا يقدر إلَّا عند الضرورة القصوى وتحقيق فائدة مرجوّة، وهنا عندما يثبت الإعسار بالبينة لا يرجى من الحبس أي فائدة ثمَّ إنَّ الحبس إنما يتقرر حينما يكون المطل ظلماً، وذلك يتحقق عندما كان من الغني كما قال الرسول ﷺ: «مطل الغني ظلم»[6]، وكما قال ﷺ: «لي

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٢٧٨)؛ والروضة (٤/١٣٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٤٩٩).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٣) تكملة فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٧/٣٢٩).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الخصومات (٥/٧٦)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٢).

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٢ ـ ٥٣) ورواه أبو داود في سنّنه مع العون (١٠/٥٧).

(٦) الحديث صحيح متفق عليه ورواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٤/٤٦٤)؛ ومسلم في صحيحه (٣/١١٩٧).

الواجد يحل عرضه وعقوبته»[1] قال سفيان في معناه: يعني عرضه أن يقول: ظلمني في حقي، وعقوبته: يسجن[2]. وقال ابن المبارك: يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس له[3] فالموجب للحبس هو الظلم وذلك غير متحقق لدى المعسر، بل الواجب الخلقي يفرض على الدائن الانتظار لقوله تعالى: ﴿وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَة﴾[4]. وكذلك الأمر في الملازمة فكل الأحاديث التي اطلعنا عليها هي في ملازمة القادر على الوفاء، ثمَّ إنَّ الحديث الأول لا يدل على استمرارية الملازمة وكل ما يدل عليه هو أنَّ كعباً لازم مدينه، ثمَّ أشار عليه النبي ﷺ بترك جزء منه فتركه، فالملازمة حق ممنوح للدائن بقدر أن تؤدي الغرض منها وهو الاطلاع على أمواله، وبالتالي مطالبته بدينه، أو إخبار القاضي بأنَّ له مالاً، وأما المعسر الذي ثبت إعساره بعد بحث وتحر فلا يرجى من الملازمة فائدة سوى إحراجه وإيذائه بدون أن يكون ظالماً، لأن ظلمه إنَّما يتحقق إذا كان غنياً. وقد أشار النبي الكريم ﷺ إلى ذلك في حديث رواه البيهقي وغيره بسندهم عن أبي بن كعب قال: دخل النبي ﷺ المسجد وأبيٌّ بن كعب ملازم رجلاً قال: فصلَّى وقضى حاجته ثمَّ خرج فإذا هو ملازمه. قال: حتى الآن يا أبي؟ حتى الآن يا أبي؟ من طلب أخاه فليطلبه بعفاف واف، أو غير واف، فلما سمع ذلك تركه، وتبعه قال: فقال: يا نبي الله... ما العفاف؟ قال: «غير شاتمه، ولا متشدد عليه، ولا متفحش عليه، ولا مؤذيه». قال: واف أو غير واف؟ قال: «مستوف حقه، أو تارك بعضه»[5].

ثم إنه قد ثبت بطرق صحيحة أن أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما كانا يستحلفان المعسر بالله: ما تجد ما تقضيه من عرض ولا فرض أو قال: ناض، ولئن وجدت من حيث لا يعلم لتقضينه، ثم يخليان سبيله[6]. كما ورد عن علي

(١) الحديث إسناده حسن كما قال الحافظ في الفتح (٥/٦٢). ورواه أحمد في مسنده (٤/٣٨٨)؛ وأبو داود في سننه مع العون (١٠/٥٦)؛ والنسائي في سننه (٧/٢٧٨)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٥١). ورواه البخاري في صحيحه تعليقاً (٥/٦٢)، ولي الواجد ـ أي مطل القادر على الوفاء.

(٢) السنن الكبرى (٦/٥١).

(٣) السنن الكبرى (٦/٥١).

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٣).

(٦) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٣).

رضي الله عنه أنه قال: «إنما الحبس حتى يتبين للإمام، فما حبس بعد ذلك فهو جور»[1].

الخلاصة مع الأدلة والمناقشة والترجيح

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في أهم مسائل الإفلاس تاركين الخوض في التفصيلات والتفريعات... نجدهم متفقين على أن الدين المستغرق لمال المدين مقيد لحريته، وإرادته وإن كان هناك فرق في مدى توسيع هذا التقييد، أو تضييقه، فإذا كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله منع الحجر على المدين مطلقاً لكنه يرى في الوقت نفسه أن الحاكم يحبس المدين المفلس سواء كان له مال، أم لا، ولا شك أن الحبس تقييد لحريته، كما أن الحاكم يجبره على الوفاء، وكذلك أعطى الحق للدائنين أن يلازموه إلى أن يفي بديونه، بل أكثر من ذلك فقد أجاز أبو حنيفة استحساناً بيع بعض أنواع ماله عليه، أو إيفاءه عنه قال المرغيناني: «وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه، وإن كان دينه دراهم وله دنانير، أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه، وهذا عند أبي حنيفة استحسان...»[2]. وكذلك الأمر عند الظاهرية فهم وإن منعوا الحجر وبذلك اختلفوا مع الجمهور ومنعوا السجن وبذلك اختلفوا مع أبي حنيفة لكنهم أجازوا أن يقوم الحاكم ببيع أمواله أبى أم رضي، ويوزعه على الغرماء[3].

كما أنه لا خلاف في صحة ونفاذ جميع تصرفاته قبل الحكم بإفلاسه والحجر عليه[4]، وإنما الخلاف في توقيع الحجر عليه بعد طلب الغرماء ذلك وبالتالي مدى نفاذ تصرفاته التي ينشئها بعد الحجر عليه إلى رفع الحجر عنه، فالجمهور ـ كما سبق ـ يرون توقيع الحجر عليه وبالتالي عدم نفاذ جميع تصرفاته المالية أو بعضها ـ على الخلاف السابق ـ وأما أبو حنيفة والظاهرية فلا يرون الحجر لأجل الدين، وإن كنا نرى

---

(١) السنن الكبرى (٦/٥٣).

(٢) الهداية مع تكملة فتح القدير (٧/٣٢٨).

(٣) قال ابن حزم في المحلى (٨/٦٢٤): «ومن ثبت للناس عليه حقوق من مال، أو مما يوجب غرم مال ببينة عدل، أو بإقرار منه صحيح: بيع عليه كل ما يوجد له، وأنصف الغرماء، ولا يحل أن يسجن أصلاً...». وقال في ص ٦٣٤: «ويقسم مال المفلس الذي يوجد له بين الغرماء». وهي نفس النتيجة المترتبة على قول الجمهور.

(٤) المصادر السابقة.

أن الظاهرية قريبون جداً من الجمهور وإن كانوا لا يعترفون باسم الحجر عليه كما أن الجمهور لا يقصدون بالحجر أكثر من إجراء وقائي يتبعه مباشرة بيع ماله، وتقسيمه على غرمائه وها نحن أولاء نذكر أدلة أبي حنيفة ثم أدلة الظاهرية، ثم أدلة الجمهور، مع المناقشة، ثم الوصول إلى ما يرجحه الدليل.

استدل أبو حنيفة ومن معه على عدم الحجر على المدين مطلقاً، وعدم جواز قيام الحاكم ببيع أمواله، مع جواز حبسه بما يأتي:

أولاً: إن في الحجر إهداراً لأهليته التي هي مناط أدميته التي كرمها الله تعالى بقوله: ﴿ ولَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدم... ﴾[١]. فلا يجوز الجنوح إليه لأجل المال الذي هو غاد ورائح، وأيضاً إن الحجر عليه ضرر واقع فلا يجوز القول به لأجل الضرر المحتمل وهو الخوف من ظلم يتوقع على الدائنين[٢].

ثانياً: لا يجوز للحاكم أن يتصرف في أمواله فيبيعها لإيفاء ديون الدائنين، لأن ذلك يكون بيعاً بدون تراضٍ فيكون باطلاً بنص القرآن: ﴿ يا أَيُّها الذين آمَنوا لا تأكلوا أموالَكم بينَكم بِالباطلِ إلَّا أَنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ مِنْكم... ﴾[٣].

ثالثاً: إنه بالموازنة بين الحجر والسجن وجد أن السجن أخف من الحجر مع أن كلاً منهما ضرر لكن يتحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى وذلك لأن الحجر تقييد كامل لحريته وإرادته، في حين أن السجن لا يؤثر في إرادته وقدرته على التصرفات[٤].

رابعاً: إنه ورد في الحديث الصحيح أن «مطل الغني ظلم»[٥]. ولا يخفى أن جزاء الظلم الحبس وقد أكد هذا المعنى حديث: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٦]، وقد فسر سفيان وابن مبارك، ووكيع العقوبة بالحبس[٧].

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بأن دليلهم الأول غير مسلم، لأنه ليس في الحجر

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٧٠.

(٢) شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧٢٤/٧).

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) تكملة فتح القدير (٣٢٤/٧).

(٥) الحديث صحيح متفق عليه سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه، وهو حديث إسناده حسن كما قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٦٢/٥).

(٧) السنن الكبرى للبيهقي (٥١/٦)؛ وفتح الباري (٦٢/٥)؛ ونيل الأوطار (٤١٠/٦).

أي إهدار أو إهانة لآدمية الإنسان، وإنما هو حماية لحقوق الدائنين حتى لا يقضي على بقية ماله فيحرمون من ديونهم، فقد تعارضت مصلحة المدين مع مصلحة الدائن وهو صاحب الحق عليه، وقد ظلم نفسه وغيره بالإفراط في أموالهم حيث لم يبادر بإيفاء حقوقهم، فلذلك إذا كان له مال أكثر من الديون فلا يحجر بالإتفاق ـ كما سبق ـ بل يأمره القاضي بإيفاء ديونهم، وكذلك لا يحجر عليه إذا لم يكن له مال عند الجمهور، فالقضية قضية الحفاظ على أموال الآخرين، ولا تمس آدمية الإنسان من قريب أو بعيد، وحتى لو قلنا: إنها تمسها فإن السبب هو المدين نفسه فلا بد أن يتحمل تبعة تصرفه الذي أدى إلى إفلاسه، ولذلك أجاز الإسلام المسألة لمن كان سبب ديونه الكثيرة جائحة وآفة سماوية.

وأما دليلهم الثاني فيمكن أن يرد عليه بأن أبا حنيفة نفسه قد أجاز أن يحبسه الحاكم ويضغط عليه حتى يبيع ماله لإيفاء ديونه[1]، فهذا أيضاً بيع بدون تراضٍ فإن صح هذا اعتباراً بأنه إكراه بحق فلم لا يجوز تصرف الحاكم باعتباره أيضاً نائباً عنه بحكم ولايته، وأكثر من ذلك فإن أبا حنيفة نفسه قد أجاز للقاضي أنه إن كان دينه دراهم وله دنانير، أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه[2]. ولذلك قال ابن حزم مناقشاً هذا القول: «فليت شعري ما الفرق بين بيع الدنانير وابتياع دراهم، وبين بيع العروض وابتياع ما عليه؟»[3].

وأما قولهم بأن الحبس أخف ضرراً من الحجر فغير مسلم، لأن السجن يمنعه من التكسب والعمل وابتغاء فضل الله تعالى في مناكب الأرض، قال تعالى: ﴿ فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ﴾[4]، بل إن في الحبس ضررين: ضرراً يعود إلى المدين نفسه وهو منعه من العمل والتكسب وحضور الجمعة والجماعات، وضرراً يعود إلى الغرماء بعدم الإفادة من كسبه وتحصيل المال لهم.

وأما دليلهم الرابع فلا يدل على الدعوى، وذلك لأن الجمهور متفقون معهم في أن مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته لكن كل ذلك لا يمنع من القول بالحجر فليس في الحديثين أي دلالة على منع القول بالحجر، بل إن للفظ «عقوبته» أعم من الحبس، فلماذا لا يعم الحجر أيضاً؟ وحتى لو قلنا إنه خاص بالحبس فلا يمنع من

---

(١) شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٣٢٨/٧).

(٢) تكملة فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣٢٨/٧).

(٣) المحلى (٦٢٥/٨).

(٤) سورة الملك: الآية ١٥.

وجود الحجر عليه بدليل آخر والدليل: إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

ومن جهة أخرى إن الدليل في غير الدعوى وذلك لأن الحجر إنما يكون إذا كان ماله لا يزيد عن دينه ـ كما سبق ـ وحينئذ لا يكون غنياً بل هو مفلس، فلا يدخل في منطوق الحديث وفحواه، بل يكون الحديث حجة للقائلين بمفهوم المخالفة على أن مطل غير الغني ـ أي المفلس ـ لا يكون ظلماً فلا يبيح عقوبته.

واستدل الظاهرية على عدم جواز الحجر، لكن الحاكم يبيع عليه كل ما يوجد له بما يأتي:

أولاً: بما رواه مسلم بسنده عن أبي سعيد الخدري قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه. فقال ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[1]. وجه الاستدلال بالحديث واضح حيث يدل على أن الغرماء ليس لهم إلا ما وجدوا لدى المدين، ثم إن الحديث جاء بأسلوب الحصر الدال على نفي غيره، فقد أعطى ﷺ كل مال المدين للغرماء ثم بعد ذلك لم يحجر عليه، ولم يسجنه قال ابن حزم: «فهذا نص جلي على أن ليس لهم شيء غير ما وجدوا له وأنهم ليس لهم حبسه»[2].

ويمكن أن نناقش هذا الدليل بأنه حجة على أبي حنيفة لكنه لا يكون حجة على الجمهور بل هو دليل لهم، لأنهم يقولون بأن الحاكم إذا باع أموال المدين ووزعها على الغرماء ينتهي الحجر ولا يبقى لهم إليه سبيل ـ كما سبق ـ وليس في الحديث دلالة على عدم الحجر قبل توزيع أمواله.

ثانياً: ما رواه ابن حزم والبيهقي بسندهما عن طريق مالك عن عمر بن عبد الرحمن ابن دلاف عن أبيه أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل إلى أجل فيغالي بها فأفلس، فرفع إلى عمر بن الخطاب. قال أما بعد أيها الناس فإن الأسفع: أسفع بني جهينة رضي من دينه وأمانته... فمن كان له عليه شيء فليغد بالغداة فإنا قاسمون ماله بالحصص»[3]. ورووياه بسند آخر أيضاً[4] ورويا أيضاً بسندهما عن علي بن أبي

---

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة (١٢٥٢/٣).

(٢) المحلى (٦٢٧/٨).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٤٩/٦)؛ والمحلى (٦٢٩/٨).

(٤) انظر: المصدرين السابقين.

طالب أنه إذا أتاه رجل برجل له عليه دين فقال: احبسه. قال له علي: أله مال؟ فإن قال: نعم، قد لجأه ـ أي أخفاه ـ قال: أقم البينة على أنه لجأه، وإلا أحلفناه بالله ما لجأه[1]، وروى بسنده عن أبي هريرة أنه لم يكن يحبس في الدين[2]، وروى نحوه عن الحسن بأنه كان على القضاء ووفى بمثل ذلك. فهذه الآثار وغيرها من بعض الصحابة والتابعين ـ مع كونها لا تعتبر حجة لأن الأمر اجتهادي ولهم مخالفون ـ ليست حجة على الجمهور، لأنها تدل على أنهم كانوا لا يحبسون المفلس بعد ما ثبت إعساره، وهذا ما يقول به الجمهور، ولا تدل على عدم الحجر قبل إفلاسه فلم تنهض حجة على ما ادعاه الظاهرية.

وقد استدل الجمهور بالحديث الأول الذي استدل به ابن حزم في إثبات جواز بيع الحاكم مال المفلس وتوزيعه على الغرماء، وهو حديث صحيح صريح في الدلالة على ذلك ـ كما سبق ـ كما استدلوا على جواز الحجر على المفلس بالشروط التي ذكروها بما يلي:

أولاً: ما رواه الدارقطني، والحاكم، والبيهقي بسندهم عن كعب بن مالك: «أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه»[3] قال الحاكم: حديث صحيح، وقال ابن الطلاع في الأحكام: حديث ثابت[4]، وجه الاستدلال به واضح حيث نص على أنه حجر على معاذ رضي الله عنه وذكر الحافظ ابن حجر: إن ما صح من الروايات المشهورة يدل على أن غرماء معاذ التمسوا الحجر عليه قال: ففي المراسيل لأبي داود التصريح بأن الغرماء التمسوا ذلك[5].

ثانياً: ما رواه البخاري وغيره عن جابر أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر فقال النبي ﷺ من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبدالله، فأخذ ثمنه ودفعه إليه»[6]. وجه الاستدلال أن الرجل كان مديناً ولهذا لم ينفذ له الرسول ﷺ تصرفه، وهذا هو الحجر بعينه، ثم قام الرسول ﷺ ببيعه وإعطاء ثمنه له ليدفعه إلى غرمائه، فالحديث دال على

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥٣/٦)؛ والمحلى (٦٢٩/٨).

(٢) المحلى (٦٢٩/٨).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: نيل الأوطار (٤١٥/٦)؛ وتلخيص الحبير (٣٧/٣).

(٥) تلخيص الحبير (٣٩/٣)؛ وراجع نيل الأوطار (٤١٥/٦).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب استقراض (٦٥/٥)؛ وسنن النسائي (٢٦٧/٧).

إثبات الحجر وقيام القاضي بالتصرف في أمواله بما ينفع الدائن والمدين، ولذلك ترجم البخاري لهذا الحديث: «باب من باع مال المفلس، أو المعدم فقسمه بين الغرماء»(١). وقد ذكر الحافظ ابن حجر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث ثابت، لأن الرسول ﷺ لم ينفذ تصرف الرجل الذي أعتق عبده الوحيد، لأنه كان مديناً بدليل أنه قد ثبت في بعض طرق هذا الحديث أنه كان مديناً فقال: «وقد ثبت في بعض طرق حديث جابر في قصة المدبر أنه كان عليه دين أخرجه النسائي وغيره»(٢).

ثم إن الحجر على المدين المستغرق دينه جميع ماله كان شائعاً في عصر الصحابة فقد قال الشوكاني: «وقد روى الحجر على المديون وإعطاء الغرماء ماله من فعل عمر، كما في الموطأ، والدارقطني، والبيهقي... ولم ينقل عن أحد من الصحابة إنكاره»(٣). وأيضاً أنه يتعارض حقه مع حقوق غيره فرجح حق غيره عليه لأنه قد أخذ المال منهم، وأن لهم الحق دائماً في مطالبته، فلو لم يحجر عليه لربما يتصرف في أمواله بما يقضي عليها سواء كان عن طريق التبرعات أو البيوع الصورية أو المحاباة أو نحوها، ثم إن أمواله إذا استغرقت بالدين فقد تعلقت بها ديونها، فلا تكون أمواله الصرفة بل تعلق بها حق الدائنين، إن لم تصبح أموالهم في الحقيقة.

وبعد هذا العرض نرى أن الذي يظهر رجحانه وتشهد عليه الأدلة هو القول بأن المدين إذا حلت ديونه، وطلب غرماؤه إيفاء ديونهم فإن استجاب وقام بإيفائها، فبها ونعمت، وإن لم يستجب ينظر إل حاله: هل له مال أم لا؟.

فإن كان له مال يزيد على ديونهم يرفع الغرماء الدعوى عليه إلى الحاكم فيأمره بإيفاء الديون، فإن أصر على عدم الإيفاء فالحاكم حسب ما تقتضه المصلحة بالخيار بين أن يسجنه، لأنه ظالم كما قاله الرسول ﷺ: «مطل الغني ظلم» متفق عليه، و«لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» حديث ثابت(٤)، فما دام مطل القادر ظلماً يستحق العقاب والتعزير، ثم إن لم يستجب يبيع أمواله بقدر ما يفي ديونه، قام القاضي بإيفاء ديونه عن نقوده، أو يبيع من ماله بقدر ما يفي ديونه. وإن شاء لا يسجنه بل يبيع من ماله بقدر ما يفي ديونه ويوزعها على الغرماء. وهذا الخيار للقاضي ليس مطلقاً بل مقيد بالمصلحة والظروف والملابسات التي تحيط بالقضية، والتي تؤثر في تكوين فكرة

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٦٥/٥).

(٢) فتح الباري (٦٦/٥)؛ وراجع الحديث في سنن النسائي (٢٦٧/٧).

(٣) نيل الأوطار (٤١٥/٦)؛ وراجع السنن الكبرى للبيهقي (٤٩/٦).

(٤) سبق تخريج هذه الأحاديث.

لقاضي الموضوع، فالهدف الأساسي هو إيفاء ديونه فإذا تحقق بدون حبس فلا بدّ أن يلجأ إليه، وأن لا يجنح إلى السجن إلا عند الضرورة القصوى عندما تسد السبل لإيفائه إلا بالسجن بأن لا تصل يد الحاكم إلى أمواله إلا بالسجن، أو نحو ذلك.

وإن كان له مال لكنه مستغرق بديونه ـ أي سواء كان بقدر ديونه، أو أقل منها ـ وطلب الغرماء من الحاكم الحجر عليه يستجيب لهم الحاكم، حفاظاً على حقوقهم وخوفاً من أن يتصرف في أمواله بما يضرهم ثم يقوم القاضي بالحكم عليه بالإفلاس ويشهره، ثم يبيع أمواله ويوزعها على غرمائه، ولا يحبسه، لأنه ليس بغنى قادر على الإيفاء، ويكون هذا الحجر لفترة محدودة تبدأ بعد طلب الغرماء وتنتهي ببيع أمواله، وتقسيمها عليهم، ثم لا يبقى لهم الحق في إيفاء الحجر عليه، أو نحو ذلك كما قال النبي ﷺ: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[1]. ثم بعد الحجر عليه يبيع جميع ما يجد عنده فيوزعه مع نقوده إن كانت على الغرماء الذين حلت ديونهم، حسب حصصهم عن الدين، فإن وفى ماله بالديون فقد انتهى الأمر، وإن لم يف، فلا يبقى في الحجر ولا السجن، بل يكون طليقاً حراً في نوعية العمل الذي يختاره، لكن ذلك لا يعني أن ذمته قد برأت من الديون الباقية عليه، بل تبقى ذمته مشغولة بها، ومن هنا يجب عليه أن يعمل ويبذل كل جهده في سبيل الحصول على نفقته ونفقة من تجب عليه نفقتهم، وتوفير المال لأداء ديونه.

وأما إذا لم يكن له مال معلوم أصلاً وقد طلب الغرماء إيفاء ديونهم، ورفعوا الأمر إلى القاضي، وقال المدين: لا مال لي، وبرهن على ذلك بما يقنع القاضي، فلا يحجر عليه، لأن الحجر لأجل الحفاظ على المال وهو لا مال له، كما أنه لا يسجن لأنه ليس وراءه أي فائدة، كما أنه ليس بقادر[2]، بل يمهل لقوله تعالى: ﴿ وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَة ﴾[3] وهذه الآية تشير إلى أنه ينبغي على المدين أن يعمل ويجتهد حتى يكون ذا يسر وغناء، لأنه لا تبرأ ذمته إلا بالأداء.

ثم إن كان سبب دينه وإفلاسه حدوث آفة أو جائحة سماوية فإن الشرع قد حث

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) هذه هي القاعدة العامة وهذه لا تعني أن من عرف عنه الإستدانة ثم يصرف ديونه في ملذاته فلا يبقى له مال، أنه لا تقرر عليه عقوبة، بل نرى أن ذلك أكل لأموال الناس بدون سبب مشروع فيستحق التعزير وهو عقوبة غير مقدرة، يقدرها القاضي حسب الظروف والملابسات وما تتحقق به المصلحة.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

الأغنياء على التصدق عليه[١]، كما حث الغرماء على عفوه أو حط جزء من ديونهم عنه[٢]، بالإضافة إلى واجب بيت المال نحوه، ثم إن بقى هكذا مديناً إلى الموت وهو لم يترك شيئاً يتحمل عنه بيت مال المسلمين تنفيذاً لقول النبي ﷺ: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته»[٣]. وروى الشيخان بسندهما أن النبي ﷺ قال: «ما من مؤمن إلا وأنا أولى به في الدنيا والآخرة، اقرؤوا إن شئتم: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾[٤]، فأيما مؤمن مات وترك مالاً فليرثه عصبته من كانوا، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فليأتني فأنا مولاه»[٥]. وإن لم يكن بيت مال المسلمين قادراً على دفع الديون، أو لم يوجد، يتحملها أغنياء هذه الأمة، ويتكلفون بها فقد روى البخاري وغيره بسندهم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه فضلاً؟ فإن حدث أنه ترك لدينه وفاء صلى، وإلا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليه الفتوح قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفى من المؤمنين فترك ديناً فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته»[٦]. وفي حديث آخر أن بعض أغنياء الصحابة كانوا يتحملون عن الميت ديونه حتى يصلي عليه رسول الله ﷺ[٧].

---

(١) انظر: نيل الأوطار (٦/٤٠٥).

(٢) وقد روى البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٥٩) بسنده عن كعب بن مالك أنه كان له دين على عبدالله بن أبي حدرد الأسلمي فلقيه فلزمه، فتكلما حتى ارتفعت أصواتهما فمر بهما النبي ﷺ فقال: يا كعب وأشار بيده كأنه يقول: النصف. فأخذ نصف ما عليه، وترك نصفاً. رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (٣/١١٩٢).

(٣) الحديث متفق عليه. انظر صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٦١)؛ وصحيح مسلم، كتاب الفرائض (٣/١٢٣٧).

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٥) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٦١)؛ ومسلم، كتاب الفرائض (٣/١٢٣٧).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الكفالة (٤/٤٧٧).

(٧) روى البخاري أيضاً وأحمد والنسائي وأبو داود وابن ماجه والبيهقي بسندهم عن سلمة بن الأكوع قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتى بجنازة فقالوا: صل عليها... قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله، وعليَّ دينه، فصلى عليه.

انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٤/٤٦٧)؛ ومسند أحمد (٥/٢٩٧)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٦/٧٢)؛ وراجع تلخيص الحبير (٣/٤٨).

وأما إذا كان سبب دينه وذهاب ماله سبباً غير مشروع كبغي أو إسراف، أو مقامرة ورهان فإنه وحده يتحمل نتيجة تصرفاته بل قد تتدخل الدولة لإنقاذ أسرته بالطريقة التي تفرضها المصلحة.

فقد ذكر الشوكاني نقلاً عن بعض العلماء أنه ربما كان ﷺ يمتنع من الصلاة على من استدان ديناً غير جائز، وأما من استدان لأمر هو جائز فما كان يمتنع عن ذلك[1]. وهذا التبرير وإن كنا لا نراه، لأن الحديث عام ولفظ «من» فيه شامل لكل من ترك ديناً وليس له مال، ولأن الضرر يعود على دائنيه مطلقاً... لكنه بلا شك يدل على التفرقة بين دين مشروع، ودين غير مشروع، فمثلاً تحل المسألة لدين تحمله صاحبه لفض فتنة، أو تحقيق مصلحة، فقد روى أحمد ومسلم وغيرهما بسندهم عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال: «تحملت حمالة، فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها. فقال: ... يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش... ورجل أصابته فاقة...»[2]. كما أن بعض الروايات تشير إلى هذه التفرقة. قال الشوكاني: «نعم جاء في حديث ابن عباس أن النبي ﷺ لما امتنع من الصلاة على من عليه دين جاء جبريل عليه السلام فقال: «إنما الظالم في الديون التي حملت في البغي والإسراف، فأما المتعفف ذو العيال فأنا ضامن له أؤدي عنه فصلى عليه النبي ﷺ بعد ذلك». وهذا الحديث وإن كان فيه مقال لكنه قال الحازمي بعد أن أخرجه: لا بأس به في المبايعات»[3].

فعلى هذا فقد عالجت الشريعة الإسلامية الغراء مشكلة الدين علاجاً جذرياً باسطاً فروع جذوره إلى الأخلاق، والعقاب، والمجتمع، والدولة، ولاحظت جوانبها الأربعة: الدائن، والمدين، والمجتمع، والدولة.

فبخصوص المدين أخذت بما يلي:

أولاً: حذرت الشريعة المسلم من الإقدام على الدين إلاّ في ضرورة أو حاجة ملحة، فقد كان ﷺ يستعيذ دائماً في أدعيته من المغرم، وكان يدعو في صلاته فيقول: «اللهمَّ إني أعوذ بك من المأثم والمغرم». فقال له قائل: ما أكثر ما تستعيذ ـ يا رسول

---

(١) نيل الأوطار (٤٠٦/٦).

(٢) انظر: صحيح مسلم، كتاب الزكاة (٧٢٢/٢)؛ ومسند أحمد (٤٧٧/٣، ٦٠/٥).

(٣) نيل الأوطار (٤٠٦/٦).

الله ـ من المغرم؟ قال: إنَّ الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف»[1].

ثانياً: أوجبت على المدين الإسراع في إيفاء ديونه، وجعلت مطل الغني ظلماً كبيراً، كما أوجبت عليه حسن النية، والقصد الجازم على الوفاء فقد قال النبي ﷺ: «من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدَّى الله عنه، ومن أخذ يريد إتلافها أتلفه الله»[2]. وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأمانات إلى أهلها. .﴾[3].

ثالثاً: ندبت الشريعة إلى الإحسان في قضاء الدين وأدائه. فقد روى البخاري وغيره أنَّ النبي ﷺ استقرض بعيراً ورد بعيراً أحسن منه بكثير، ثمَّ قال: «فإن خيركم أحسنكم قضاء»[4].

رابعاً: أمرت الشريعة أن يتحمل المدين القول الخشن ونحوه من الدائن. فقد روى البخاري بسنده عن أبي هريرة قال: إنَّ رجلاً تقاضى رسول الله ﷺ فأغلظ له، فهم به أصحابه. فقال: «دعوه فإنَّ لصاحب الحق مقالاً. .»[5].

خامساً: لم تكتف الشريعة بالثواب والعقاب في قضية الإسراع بالوفاء أو عدمه، بل وضعت عقوبة في الدنيا وهي الملازمة والسجن أو الحجر ـ حسب الشروط السابقة ـ فقال النبي ﷺ: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»[6]. كما وضع الرسول ﷺ عقاباً نفسياً خطيراً، وهو عدم صلاته على جنازته، ولا يخفى أنَّ صلاته ﷺ سكن للمؤمن وأنَّ دعاءه مستجاب، فالحرمان من هذه الفضائل من أصعب الأمور عليه، وبعد وفاته ﷺ يحل إمام المسلمين مكانه في عدم صلاته عليه إن كان قد قصر في أدائه ـ كما سبق.

وأما بخصوص الدائنين فقد شجعت الشريعة على إعطاء الديون للناس، واعتبرته من القربات، كما شجعتهم على إنظار المعسر والتصدق عليه، فقال تعالى: ﴿وإِنْ كَانَ

(١) رواه البخاري في صحيحه بسنده عن عائشة رضي الله عنها. انظر صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٦٠).
(٢) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٥٤).
(٣) سورة النساء: الآية ٥٨.
(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٥٦).
(٥) صحيح البخاري مع الفتح، (٥/٥٦).
(٦) سبق تخريجه.

ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ وأَنْ تَصَدَّقوا خيرٌ لَكُمْ إنْ كُنْتُمْ تَعلَمون﴾[1].

وقد روى الشيخان بسندهما عن حذيفة قال: «سمعت النبي ﷺ يقول: «مات رجل، فقيل له: ما كنت تقول؟ ـ أي ما كنت تصنع ـ قال: كنت أبايع الناس فأتجوز عن الموسر، وأخفف عن المعسر فغفر له»[2]. كما حثتهم الشريعة على حط جزء من ديونهم فقد ورد في الصحيحين أنَّ الرسول ﷺ أشار على كعب بن مالك بحط نصف ديونه على مدينه، وقد فعل[3]، كما حثتهم على أنْ يحسنوا في طلب أدائهم، وأن لا يستعملوا أسلوب الشتم والإيذاء فقد قال النبي ﷺ: «من طلب أخاه فليطلبه بعفاف وافٍ أو غير وافٍ»[4].

وأما بخصوص المجتمع فقد دعى الإسلام إلى التعاون على البر والتقوى والتآلف، والتكافل الاجتماعي، وكون بالفعل من الرعيل الأول مجتمعاً متعاوناً متماسكاً متعاطفاً تسوده المساواة والمحبة، بعيداً عن الاستغلال. فقد روى مسلم أنَّ رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه..»[5]. والتطبيقات العملية أكثر من أن تذكر.

وأما بخصوص الدولة فقد بيَّن رسول الله ﷺ أنَّ بيت مال المسلمين يتحمل عن المدينين المعسرين تبعة ديونهم بعد موتهم إن لم يتركوا أموالاً فقد قال ﷺ: «من ترك ديناً أو ضياعاً ـ أي عيالاً ـ فإلينا»[6]. ولا شك أنَّه ليس المراد به شخص الرسول ﷺ بل المراد به الجهة العامة المتمثلة في بيت مال المسلمين.

هذا والله أعلم.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠. وراجع تفسير القرطبي (٣/٣٧١).

(٢) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٥٨)؛ وصحيح مسلم، كتاب المساقاة (٣/١١٩٥).

(٣) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاستقراض (٥/٥٩)؛ ومسلم، كتاب المساقاة (٣/١١٩٢).

(٤) رواه البيهقي، وزاد بأنَّ كعباً سأله ﷺ فقال: ما العفاف؟ قال: غير شاتمه ولا متشدد عليه ولا متفحش عليه ولا مؤذيه. قال: واف أو غير واف؟ قال: مستوف حقه، أو تارك بعضه.
انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/٥٣).

(٥) صحيح مسلم، كتاب المساقاة (٣/١١٩١).

(٦) رواه البخاري في صحيحه (٥/٦١).

الفرع الثاني
كون الرضا غير مقيد بمصلحة أحد في القانون

والمقيد بمصلحة الغير يشمل ـ كما سبق ـ المريض مرض الموت، والمدين الذي استغرق دينه جميع أمواله ولهذا يتفرع من هذا الفرع غصنان:

الغصن الأول
رضا المريض مرض الموت ونحوه

سبق في المبحث السابق الخاص بالفقه الإسلامي أنَّ جمهور الفقهاء على تقييد تصرفات المريض مرض الموت ومن ألحق به بأن لا يكون فيها إضرار بالورثة والدائنين إذا كانت معاوضات وأن تكون في حدود الثلث إذا كانت تبرعات أو محاباة أو نحوها ـ على التفصيل السابق ـ غير أنَّ هذه الأحكام الخاصة بالمريض مرض الموت ونحوه لا نجد لها مثيلاً في القانون الروماني، ولا في القانون الإنجليزي، ولا في القانون المدني الفرنسي سوى المادة (٩٠٩) منه التي تقضي ببطلان التصرفات الحاصلة من المريض مرض الموت للأطباء، والصيادلة ورجال الدين. لذلك سيقتصر بحثنا هنا عن أحكام تصرفاته في القانونين المصري والعراقي، وقد أجمع شراحهما على أنَّها مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء[1]. وبما أننا قد أسهبنا في الفرع السابق فيما يتعلق بمرض الموت ونحوه، وأحكامه في الفقه الإسلامي فلا نعيد ما ذكرناه إلَّا بقدر ما يوضح لنا صدق هذا الاقتباس. هذا، وقد تناول القانون المدني المصري الحالي أحكام المريض مرض الموت في موضعين: عند ذكره أحكام البيع في المادتين (٤٧٧، ٤٧٨)، وعند ذكره أحكام الوصية في المادة (٩١٦) وكان الأحرى به ـ في نظرنا ـ أن يجمع أحكامه في موضع واحد ليكوِّنَ لنا نظرية واحدة يتفيء ظلالها على

---

(١) انظر: د. السنهوري، الوسيط، ط. دار النشر للجامعات المصرية ١٩٦٠ (٣٠٩/٤...)؛ و د. سليمان مرقس، عقد البيع، ط. عالم الكتب ١٩٨٠ (٥٦١/٦)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، ط. دار النهضة العربية ص (٣٤٧)؛ وأنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل (٣١٩/٢)؛ وحسن عبد الباقي مغيب، أسباب كسب المالكية وعقدي البيع والهبة، ط. سنة ١٩٨٢ ص (٥٦، ١٣٥). ويقول الأستاذ الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٧٢): «... قد أجمع شراحه على أنَّ المصدر التاريخي لهذه المواد هو الشريعة الإسلامية، إذ ليس لهذه المواد نظير في الينبوع الذي استقى منه القانون المصري مواده، وهو القانون الفرنسي». ويراجع د. عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع ص (٤٤٥).

جميع الفروع ذات العلاقة به، ونرى أنَّ المكان المناسب لذكرها هو باب الوصية، ذلك لأنَّ تصرفات المريض مرض الموت لا تظهر لنا أحكامها الخاصة بها إلاَّ بعد موته، كما أنَّ تخصيص المشرع المصري بيع المريض مرض الموت لا ينضوي تحته طائل، إذ هذه الأحكام لا تختص بالبيع، بل تسري على الشراء والإجارة، والإقرار وغيرها من التصرفات المالية، كما أنَّ هاتين المادتين اللتين ذكرهما المشرع المصري في باب البيع لم تغنياه عن اللجوء إلى الأحكام العامة التي ذكرها في باب الوصية، فقد نص في الفقرة الثالثة من المادة (٤٧٧ م م) على أنَّه: «ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٩١٦)». وأما المشرع العراقي فقد جمع جميع أحكام المريض مرض الموت في باب الوصية وخصص لها المواد: (١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢) فنعم ما فعل. ثمَّ إنَّ القانونين: المصري والعراقي لم يذكرا تعريفاً لمرض الموت، ولا ضابطة لمن يلحق به من الأصحاب الذين هم في حالة خطيرة جعلتهم مثله في خوف الموت واليأس من الحياة، وذلك بناء على ما ذكره الفقه الإسلامي واستقر عليه، وإحالتهما إليه، كما أنَّ التعريفات ليست في الواقع من شأن المشرع، وإنما هي من عمل الفقه.

وقد استطاع القضاء المصري ـ وحتى في ظل القانون القديم ـ أن يصل إلى ما استقر عليه الفقه الإسلامي، وأن يكيف المواد لصالحه، ويوسع البحث للكشف عن كنوزه، وتتبع دقائقه ومراميه، ويعطي الفقه القديم حياة جديدة ودماً غزيراً يمد الفقه الحديث، وأن يخرج ـ وعلى الرغم من تشعب الآراء المتضاربة ـ بفكر قانوني متشبع بروح الشريعة الغراء بعد دراسة لكل جوانب القضية، وأن لا يخرج ـ في ظل القانون السابق الذي كان مقتبساً في جملته عن القانون الفرنسي ـ عن سمت الشريعة وطريقها في هذا الموضوع إلاَّ في القليل النادر[1]، وأن يكشف عن أوجه القصور والنقص التي كان يتصف بها القانون السابق[2].

(١) الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٣٧٨)، وقال: «ومن ذلك القليل النادر ما جاء في أحد أحكام محكمة الإستئناف من: «أنَّه إذا أوصى شخص لأحفاده بمقدار نصيب والدهم المتوفي في تركته، فلهم بعد موته نفس الحقوق التي لكل أولاد ذلك الجد». ومن هذه الحقوق أن يجيزوا أو يمتنعوا عن إجازة البيع الصادر من جدهم لباقي أولاده في مرض موت جدهم. «قال الشيخ أبو زهرة: وعندي: أنَّ هذا لا يؤيده فقه، ولا يعتمد على قانون، بل يناقضه الفقه الإسلامي، ولكن يلاحظ أنَّ الدائرة التي أصدرته فيها عضوان إنجليزيان والثالث مصري».

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٤/٣٠٩ـ٣١٤)؛ والمصادر السابقة. لقد لاحظ الفقه والقضاء على التفنين المدني السابق أموراً كثيرة من أهمها:

=

هذا وقد استقر الفقه والقضاء في مصر والعراق على ما ذكره جمهور الفقهاء المسلمين بخصوص ماهية المريض مرض الموت وشروطه، ـ كما سبق فقد نطقت محكمة النقض المصرية في ١٩٧٣/٢/٦[1] بأن من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت ـ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ـ أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، ويشعر معه المريض بدنو أجله، وأن ينتهي بوفاته. . .» فقد أشار هذا الحكم إلى شروط تحققه وهي:

١ ـ كون المرض خطيراً مما يغلب فيه الهلاك حسب رأي الأطباء، وبلغ حداً أقعده عن ممارسة مصالحه الشخصية بنفسه كالذهاب إلى السوق، أو المكتب، أو الدائرة لممارسة أعماله، ولا يعني ذلك أن يصل المريض حداً لا يستطيع الحراك، ولا الخروج من البيت البتة، لأنَّ المعيار في ذلك هو خطورة المرض غير أنّه من لازمه أن يقعده عن ممارسة أعماله بشكل عام فقد قضت محكمة مصر في ١٩٣٧/٥/٢٩ بأنَّه: «قد يجازف المريض مرض الموت بالخروج من بيته للقيام ببعض أعمال فردية كالحضور أمام المحكمة للدفاع عن نفسه في تهمة تبديد»[2] وعلى عكس ذلك فقد

= ١ ـ أنَّه يصرح بعدم سريان أحكامه هذه على الأجنبي حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية.

٢ ـ وردت أخطاء مادية وقانونية في هذه النصوص صححها القضاء وهي: أولاً: خطأ مادي عند ما عرضت المادة ٢٥٦ مكررة /٣٢٣ لأحكام النصوص السابقة عليها لتقيد من أثرها، فاقتصرت على ذكر: «المادتين السابقتين» وكان المفروض أن تقول: «المواد الثلاث السابقة»، وثانياً: ما ذكرت النصوص قيمة المبيع، والصحيح شرعاً: المقدار المحابي به البيع كما أنَّ الصحيح شرعاً هو أن ينظر في تقديرها إلى وقت الموت لا إلى وقت البيع. وغير ذلك.

انظر: د. السنهوري، الوسيط (٣١٢/٤)؛ والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (٢٢٠/٤)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٣٢٣/٢ ـ ٣٢٤).

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٦ طعن رقم ٩ لسنة ٣٨ ق المشار إليه في مجموعات المكتب الفني سنة ٢٤ ص (١٥١) وفي مجموعة المبادىء القانونية ص (٦٦٤). وقد صدرت عدَّة قرارات بهذا المعنى منها نقض ١٩٥٥/٤/٢١ مشار إليه في مجموعات المكتب الفني سنة ٦ ص (١٠٢٠).

(٢) نقض ١٩٣٧/٥/٢٩ منشور في مجلة المحاماة سنة ٩ رقم ٦/٥٣٩ ص (٩٩٦). والمذكور في د. السنهوري، الوسيط (٣١٥/٤). وقضت محكمة استئناف مصر في ٦ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٢٠ ص ٤٤٠ بأنَّه لا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكمة للتصديق على العقد الصادر منه، لأنَّ الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع». وقضت محكمة النقض في (١٩٥١/١٠/٢٥ مجموعة أحكام النقض ٣ ـ ١ ـ ١) بأنَّ أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغاً من المال وفكه رهناً حيازياً. . . لا يمنع من =

يكون الشخص مقعداً في البيت ملازماً الفراش ومع ذلك لا يعتبر مريضاً مرض الموت، لعدم تحقق شرطه وهو وجود مرض خطير وهذا ما قضى به القضاء المصري(١).

هذا. ومن الجدير بالتنويه عليه هو أنَّ الحالة النفسية للمريض من رجاء أو يأس وإن كانت هي الحكمة التي من أجلها قرر الفقهاء كقاعدة: أنَّ المرض إذا طال أمده عن سنة أو نحوها لا يعتبر مرض الموت إلَّا إذا اشتد أثناء التصرف ثمَّ مات. . . لكنه مع ذلك لم يوجب الفقه الإسلامي البحث عن هذه الحالة النفسية، بل جعل المعيار مادياً وهو وجود مرض مخوف يغلب فيه الهلاك(٢).

٢ ـ وأن ينتهي بالموت بأن يتصل هذا المرض الخطير إلى أن يموت صاحبه، ولا يهم بعد ذلك أن يموت به، أو يحدث سبب آخر أدى إلى موته كأن قتل، أو غرق أو مات بسبب حادثة سيارة أو طيارة أو نحوهما(٣).

= اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته».
وراجع: د. سليمان مرقس، عقد البيع ص (٥٦٣).

(١) فقد قضت محكمة الإستئناف الوطنية في (٢٠ فبراير سنة ١٩١٩ المنشور في المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١): بأنَّ الشيخوخة ليست مرض الموت، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان، أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الإنسان شيخاً أم شاباً، وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب بقرب انتهاء أجله».

(٢) نقض مدني في ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠، مذكور في مجموعة أحكام النقض ٢ ـ ٨٨ ـ ١٧. وقضت محكمة النقض (في ١١ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ـ ٤٧٦ ـ ٧٢) بأنَّ المرض الذي يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلَّا إذا اشتدت وطأته، وهو لا يعتبر إلَّا في فترة الشدة الطارئة، وحكمة ذلك أنَّ في استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة، ويلحق المرض بالمألوف من عاداته. . . .».
ويراجع في هذا المعنى نقض ٨ مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ ـ ١٠٤٨ ـ ١٥٨؛ ونقض مدني في يونيه ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ ـ ٩٤٠ ـ ١٤٨؛ ونقض مدني في ١٩٦٤/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٦٢٦ ـ ٩٨. ومن الأحكام القضائية في ظل القانون السابق ما قضت به محكمة الإسكندرية الوطنية في (١٩١٢/٤/١٣) المنشور في مجلة الحقوق سنة ٣٣ ص (٥٩) بأنَّ السل وإن كان من الأمراض التي تطول مدتها إذا دخل في دور جديد واشتدت وطأته يجعل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلة للبطلان» قضايا أخرى راجعها في د. السنهوري، الوسيط (٣١٨/٤ ـ ٣١٩) بالهامش.

(٣) المصادر الفقهية في الفرع الأول.

وقد جعل القضاء الحديث بعض أمراض لم تكن معروفة في السابق من الأمراض الخطيرة، كما أبعد عنها بعض أمراض كانت معروفة بالخطر لكن الطب الحديث استطاع التغلب عليها بسهولة، فقد رفضت محكمة النقض في ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ اعتبار مرض الفالج مرض الموت[١]، كما رفضت محكمة مصر في ١٩٣٧/٥/٤ اعتبار احتباس البول، وتضخم البروستاتا مرض الموت ما لم يثبت أنّ هذا المرض المزمن قد اشتدت وطأته وانتهى بالموت[٢]، كما رفضت محكمة النقض في ١٩٤٩/٢/٣ اعتبار الروماتيزم مرض الموت[٣]، كما قضت محكمة مصر في ١٩٢٨/٤/٢٤ بأنّ الربو المصحوب بنزلة شعبية لا يعتبر مرض الموت، لأنّه قابل للشفاء، وغير مانع من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوْبات[٤]، كما رفضت في ١٩٣٨/١٢/٢٠ اعتبار الالتهاب الشعبي المزمن ما لم يتزايد مرض الموت[٥]، كما قضت في ١٩١٦/١/١٢ بأنّ الإصابة بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر من مرض الموت[٦]، بل قد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩١٧/٦/١٨ بأنّه لا يعتبر مرض الموت السرطان، أو السل إذ أنّه يظل أكثر من سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به، وعلى الوارث أن يثبت أنّ المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة[٧]، ومن هذه القضايا نستنبط أنّ العبرة بخطورة المرض وعدم بقائه فترة تجعل المريض في نوع من الطمأنينة، وعدم الخوف من الموت، وأن تحديد مدى خطورته يعود إلى رأي الأطباء وأنّ ذلك قد يختلف من عصر إلى عصر آخر نتيجة تقدم الطب والمجتمع الذي يعيش فيه المريض.

= وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٣١٧/٤)؛ و د. عبد المنعم البدراوي المصدر السابق فقرة ٤١٧ ص (٦٠٧).

(١) نقض مدني في ٣٠ ديسمبر ٤٣ مذكور في فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص (٩٥٩).

(٢) المشار إليه في مجلة المحاماة سنة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥.

(٣) نقض مدني في ٣ فبراير ١٩٤٩ المذكور في فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص (٩٥٨ بند ١١٤).

(٤) المشار إليه في المحاماة ٩ رقم (٣٨) ص (٥٨).

(٥) المشار إليه في المحاماة ٢٠ رقم (١١١) ص (٣٠٤).

(٦) المشار إليه في: الشرائع ٣ رقم (١٠٧) ص (٣٦٢)؛ وفي د. السنهوري، الوسيط (٣١٩/٤).

(٧) المشار إليه في المجموعة الرسمية ١٩ رقم (١٠٠) ص (٢٢٩). وراجع عدة قضايا بهذا الخصوص في د. السنهوري، الوسيط (٣١٩/٤ ـ ٣٢٠).

وأما إثبات كون المرض خطيراً يغلب فيه الهلاك، وأنَّ المريض مات عن أثره أو فيه فيتم عن طريق جميع طرق الإثبات لكونه واقعة مادية، بل أكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر حياته، ويكون الأمر في ذلك بيد قاضي الموضوع، وليس لمحكمة النقض رقابة عليه إلاَّ بخصوص نقض الأحكام التي تقتصر على إثبات وقوع التصرف في أثناء مرض الموت أو أن لا يبين نوعه، أي أنها تحتفظ لنفسها برقابة تكييف المرض الذي صدر التصرف في أثنائه هل هو مرض الموت أم لا[1] والقضاء العراقي لا يخرج عما ذكرنا ولنذكر على سبيل المثال عدَّة قضايا توضح لنا المراد بمرض الموت فقد حكمت محكمة التمييز ـ (النقض) ـ في ١٩٥٩/١/١٥ بأنَّه: «لدى التدقيق والمداولة تبين أنَّ مورثة المميزين ـ أي الطاعنين ـ توفيت بسرطان الثدي المتقدم بتاريخ ١٩٥٨/٦/٢ وكان هذا المرض حسب التقرير الطبي.. قد انتشر في كافة أنحاء الجسم، ومن تدقيق التقريرين الطبيين المؤرخين في ٥٨/٤/١٣، و ٥٨/٥/٦ نجدهما يؤيدان أنَّ المرض كان في دور الخطورة، وأنَّه لا يرجى شفاؤه، وبالنظر إلى مضامين هذين التقريرين الطبيين، وقصر المدة المتخللة بين إجراء معاملة الإبراء وحصول الوفاة كان على المحكمة التحقيق فيما إذا كانت المعاملة قد حصلت

---

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص (٥٦٤ ـ ٥٦٥)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٣٢٠/٢)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز ص (٣٤٩)؛ ويراجع الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٣٢١/٤ ـ ٣٢٢).

وتراجع أحكام كثيرة في هذا الموضوع منها نقض مدني في ١٩٦٤/٤/٣٠ مذكور في مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٦٢٦ ـ ٩٨: إذ قضت المحكمة بأنَّ حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كاه الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أنَّ المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنَّه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان نوع المرض الذي انتاب المورث وتحقق عليه فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً تعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنَّه مرض الموت». وفي حكم آخر لمحكمة النقض في ١٩٧٢/٥/٢ الطعن رقم ٣٣٢ سنة ٣٧ ق مشار إليه في مجموعات المكتب الفني سنة ٢٣ ص (٧٩٠) قضت بأن «قيام مرض الموت هو من مسائل الواقع...». وفي حكم آخر لها في ١٩٧٢/٥/١١ رقم الطعن ٣٤٦ لسنة ٣٦ ق قضت بأنَّ مجرد طعن الوارث على التصرف بأنَّه صدر في مرض موت المورث إضراراً بحقوقه في الإرث لا يكفي لإهدار حجية التصرف، بل يجب على الوارث أن يقيم الدليل على ادعائه...».

ويراجع نقض مدني في ١٩٦٩/٤/١ ق ٩٠ س ٢٠ ص (٥٦١).

في مرض الموت أم لا. . .»[1]. فقد اشترط القضاء العراقي أيضاً خطورة المرض بحيث يغلب فيه الهلاك، وعدم استدامته فترة تصل إلى سنة، ثمَّ اتصاله بالموت[2]، وهذا ما نطقت به محكمة التمييز في حكم آخر لها في ١٩٦١/٢/١٣ حيث نصت صراحة على: «أنَّ مرض الموت يتحقق بوجود ركنين أساسيين: العجز عن القيام بأشغاله المعتادة، وانتهاء المرض بالموت»[3].

أحكام تصرفات المريض مرض الموت ونحوه:

جرى التقنين المدني المصري الحالي على ذكر أحكام بيع المريض مرض الموت خاصة في مادتين هما:

المادة ٤٧٧ ـ ١ ـ إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو غير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإنَّ البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع عن الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته.

٢ ـ أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه، أورد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

٣ ـ ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٩١٦)[4].

والمادة (٤٧٨) «لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة»[5].

كما ذكر أحكام تبرعات المريض في مادة واحدة وهي المادة ٩٩٦ م م وهي:

---

(١) رقم الطعن ١٠٨٧ حقوقية /٥٩ الأعظمية، والمذكور في: القضاء المدني العراقي جمع المحامي سلمان بيات ط. شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢ (١/٥٢٠).

(٢) المصدر السابق ص (٥٢٠ ـ ٥٢١).

(٣) تحت رقم الطعن ١١٤/ حقوقية/ ٦١ الناصرية والمذكور في المصدر السابق ص (٥٢١).

(٤) تقابل هذه المادة في نصوص القانون المدني في الدول العربية المادة (٤٦٦) ليبي و(٤٤٥) سوري و(٤١١) سوداني.

(٥) وتقابلها من النصوص المدنية في الدول العربية المادة (٤٦٧) ليبي و(٤٤٦) سوري و(٤١٢) سوداني.

وراجع للتعليق على هاتين المادتين: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (٢٢٠/٤ ـ ٢٢١).

«١ ـ كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

٢ ـ وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

٣ ـ وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

والخلاصة أن تصرفات المريض حال حياته تنفذ في حقه غير أنه إذا انتهى به المرض إلى الموت يترتب على تصرفاته التي أنشأها حال مرضه ما ذكرته هذه المواد الثلاث بأثر رجعي وهو أن التصرفات التي صدرت من: المريض مرض الموت أثناء مرضه الذي انتهى إلى الموت إما تبرعات كالهبة أو في معناها كالمحاباة ونحوها، وإما معاوضات محضة كالبيع والشراء والإيجار ونحوها. فالنوع الأول يأخذ حكم الوصية وتسري عليه أحكامها مهما كانت التسمية، فلا عبرة بالاسم الذي تم التصرف في ظله، وإنما العبرة بالمعنى، فنص المادة (٩١٦ م م) عام لا يقتصر على تصرف دون آخر فهو يشمل البيع والإقرار، والإبراء وغير ذلك من التصرفات، فإذا وهب المورث المريض مرض الموت عيناً أو أقر بدين عليه، أو أبرأ مديناً له، وكان هذا التصرف في مرض الموت فلا ينفذ إلا من الثلث باعتباره وصية مستترة وإن اتخذ لنفسه شكل البيع أو نحوه وما زاد عليه لا ينفذ إلّا بإذن من الورثة، ويقع إثبات ذلك على الورثة بكل ما تتيح لهم طرق الإثبات من البينة والقرائن لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية[1]، فيمكنهم

(١) هذا إذا كانت دعواهم في إثبات مرض الموت له، ووقوع التصرف أثناءه، أما إذا كانت دعواهم أن التصرف الذي قام به المريض المورث صوري صورية مطلقة، وطعنوا فيه بالصورية المطلقة، لا بالوصية المستترة فإنهم لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير، وإنما يكون استمداد حقهم من مورثهم فلا يجوز لهم حينئذ إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات.

انظر في تفصيل ذلك: د. السنهوري، الوسيط (٢٢٢/٩). وقد وردت في ذلك عدة قضايا: منها =

إثبات كون المرض مرض موت بتقارير الأطباء، وبشهادة الشهود، وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض ونحو ذلك من الأدلة[1]. كما أن بإمكانهم إثبات وقوع التصرف في مرض الموت بكل قرينة معقولة تقنع قاضي الموضوع[2]. والمقصود بالسند في الفقرة الثانية من المادة: (٩١٦ م م) هو سند التصرف الصادر من المورث، فإذا كان يحمل تاريخاً عُرفياً يدل على أن التصرف كان صادراً قبل مرض الموت فإن هذا السند العرفي حجة على الورثة، وهذا لا يعني كونه سنداً قطعياً إذ لهم أن يثبتوا بجميع الطرق: البينة والقرائن أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لمبررات مقنعة، وبالتالي يثبتون أن التصرف قد وقع في أثناء المرض[3]، وقد انتقد الأستاذ السنهوري هذه الفقرة فقال: «ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة، إذ هي تقول: إنه لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، وقد رأينا أن التاريخ حتى لو لم يكن ثابتاً يحتج به على الورثة، وإنما يكون لهم إثبات العكس»[4]. هذا ويأخذ حكم التبرعات

= نقض مدني في ١٩٦٤/٤/٩ مذكور في مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص (٥٢٥)؛ ونقض مدني في ١٩٦٦/١/١٣ مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣.
وراجع قضايا أخرى في د. السنهوري، الوسيط (٢٢٢/٩). وراجع تفصيل قضية الإثبات في د. سليمان مرقس، قوة المحررات العرفية في الإثبات، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٤ ص (٢٨٧).

(١) وقد قضت محكمة النقض في حكم لها في (١٩٥٠/٣/٢٣) المشار إليه في مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٢ ص (٣٦٥) بأنه ما دامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى، ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد، فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها». وقضت في حكم آخر لها في: (١٩٥٢/٦/٨) مشار إليه في مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص (١٠٤٨) بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك، وانتهى فعلاً بوفاتها وهذا يكفي».

(٢) وقد ذكر القضاء قرائن عديدة لوقوع التصرف في مرضه الخطير الذي مات فيه منها ما حكم به استئناف وطني في ٩١٠/٢/١ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص (٢٩٦) من أن كون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل الوفاة بيومين قرينة على صدوره في مرض الموت. وراجع ذلك قضايا كثيرة ذكرها الأستاذ السنهوري، الوسيط (٣٢٣/٤).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٢٢٣/٩)؛ ود. محمد على عمران، الوجيز ص (٢٤٩).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (٢٣/٩) و(جـ ٢/٢٠٩، ٢١٢).

حيث تكون من الثلث ما زاد على ثمن المثل من المعاوضات كالبيع ونحوه[١].

وأما النوع الثاني ـ أي المعاوضات المحضة التي وقعت في مرض الموت ـ فإن القاعدة العامة هي أنها تأخذ حكم الوصية[٢]، أي تعتبر وصية مستترة وإن كانت في شكل بيع إلى أن يثبت العاقد الآخر ـ كالمشتري مثلاً ـ أن البيع الذي تم بينه وبين المريض مرض الموت أثناء مرضه كان بيعاً على سبيل الحقيقة حيث دفع فيه الثمن، وقد قصد المشرع بهذه القاعدة حماية الورثة من الوصايا المستترة. ثم إذا أثبت المشتري ذلك فإما أن يكون قد اشتراه بثمن المثل، أو بأقل منه فإن كان قد اشتراه بثمن المثل ـ وكذلك بأكثر منه ـ فإن البيع صحيح نافذ في حق الورثة بلا حاجة إلى إقرارهم[٣].

وأما إذا اشتراه بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإما أن تكون الزيادة على ثمن المثل لا تجاوز ثلث التركة وقت الموت فحينئذٍ ينفذ البيع في حق الورثة بلا حاجة إلى إقرارهم، أو تكون الزيادة عليه تتجاوز ثلث التركة ففي هذا الفرض لا ينفذ البيع فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ورضاهم، أو أن يرد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين[٤]، هذا إذا كان له

---

(١) أستاذنا الدكتور محمد علي عمران، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع ص (٣٥٠).

(٢) وهذا منطوق المادة (٩١٦ م م)، حيث نصت في فقرتها الأولى على أن «كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت...». إذن فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت فإن البيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع، أي يكون هبة بغير ثمن، ولا عبرة بالثمن المذكور في العقد، وعلى المشتري يقع عبء إثبات أنه قد دفع ثمناً ومقدار ما دفعه، فإذا لم يستطع أن يثبت أنه قد دفع ثمناً ما للمريض اعتبر التصرف هبة بغير ثمن ويكون لها حكم الوصية فتكون من الثلث.

انظر: د. السنهوري، الوسيط (٣٢٨/٤)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٣٥٠)؛ ود. سليمان مرقس، عقد البيع ص (٥٧٢..).

(٣) د. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٣٥٠)؛ ود. السنهوري: الوسيط (٢٢٥/٩) وجـ (٣٢٩/٤).

(٤) وقد ضرب أستاذنا الدكتور محمد علي عمران الوجيز ص (٣٥٠) لهذا الفرض مثالاً وضح فيه المقصود فقال: «إذا باع المريض منزلاً قيمته وقت موته عشرة آلاف جنيه بمبلغ خمسة آلاف جنيه، وكان لهذا البائع منزل آخر قيمته ١١ ألف جنيه فإن تركته بما فيها المنزل تقدر بواحد وعشرين ألف جنيه، فلا تتجاوز المحاباة في بيع المنزل ثلث التركة، لأن ثلثها سبعة آلاف جنيه فعلى ضوء ذلك =

ورثة، أما إذا لم يكن له ورثة نفذ البيع أياً كان المقدار المحابي به، ولو كان البيع في حقيقته هبة[1].

ويستوي في هذه الأحكام الوارث وغيره أي سواء كان المشتري من المريض وارثاً له أم غيره كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٤٧٧ م م).

وقد حمى التقنين المصري الحالي الغير حسن النية حيث نص في المادة (٤٧٨) على أنه: «لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة» وقد أشارت هذه المادة إلى أن المشتري من المريض إذا كان قد رتب حقاً عينياً بمقابل عن العين المبيعة، كرهن، أو انتفاع، أو باع العين، أو بعضها فلا يطبق بحقه نص المادة (٤٧٧) إذا توفر فيه شرطان وهما:

١ ـ كون الغير قد اكتسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة، أما إذا لم يكن لكسبه هذا الحق مقابل بأن اكتسبه مجاناً فلا تشمله هذه الحماية، بل ينطبق عليه نص المادة (٤٧٧ م م) وكذلك الأمر إذا كان قد دفع المقابل لكنه لم يكتسب الحق فعلاً فلا تشمله هذه الحماية فمثلاً إذا كان عقاراً فلا بد أن يكون المشتري قد شهر التصرف المكسب له[2].

٢ ـ كون الغير حسن النية بأن لم يكن عالماً ولم يكن باستطاعته أن يعلم أن العين المبيعة له، أو المرهونة ـ مثلاً ـ قد بيعت للمتعاقد معه في مرض الموت، أما إذا كان الغير سيء النية كأن أخبره الورثة أو غيرهم بذلك فلا تشمله هذه الحماية، فإذا توفر هذا الشرطان في الغير فلا تطبق عليه الأحكام السابقة، فلا يسقط الرهن، أو الانتفاع، ولا يفسخ البيع الثاني سواء كان المشتري من المريض قد اشترى المبيع

= فإن هذا البيع يسري في حق الورثة بلا حاجة إلى إجازتهم وإقرارهم، وأما إذا كان هذا المنزل قد باعه بألفين من الجنيهات فإن المحاباة تكون قد جاوزت الثلث، ولا ينفذ البيع بما يجاوز الثلث».
وراجع د. السنهوري، الوسيط (٤/ ٣٣٠).

(١) وذلك لأن المادة ٣٧ من قانون الوصية الصادر في سنة ١٩٤٦ والمرقم ٧١ فقد نصت على أنه: «... وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».
راجع: الأستاذ الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية ص (٥٦٣)، وذكر في ص (٢٠٩ ـ ٢١٣) بأن هذه المادة قد أخذت برأي جمهور الفقهاء المسلمين.
وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٤/ ٣٣٢).

(٢) د. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٣٥٠ ـ ٣٥١).

بمحاباة زائدة عن الثلث أم لا، فلا يبقى أمام الورثة حينئذ إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض[1].

هذه هي القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض في القانون المدني المصري، والتي في جملتها منبثقة من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه ونعيد الباحث الكريم للمزيد من تفاصيلها في الفقه الإسلامي إلى الفرع الأول من هذا المبحث. غير أن مما يلاحظ على القانون المصري من حيث مخالفته للفقه الإسلامي ما يأتي:

أولاً: تسويته في البيع بين الوارث وغيره في حين أن الفقه الإسلامي قد فرق بينهما، فبيع المريض مرض الموت ماله للورثة لا يجوز عند أبي حنيفة مطلقاً سواء كان بمحاباة أم لا. وأجازه الجمهور بما فيهم الصاحبان إن كان بمثل قيمته، وإذا حصل فيه غبن فاحش، أو محاباة فالمشتري بالخيار إما أن يفسخ العقد، أو يزيل الغبنَ الفاحش، والمحاباةَ قلت أو كثرت، فلو اشترى الوارث منه منزلاً كان فيه محاباة بألفي جنيه مثلاً فيجب على المشتري الوارث أن يكمل الألفين للورثة أو يفسخ العقد، ولا يجوز في الفقه الإسلامي أن نطبق على هذه المحاباة القاعدة التي تحكم المحاباة مع الأجنبي حيث إن خرجت من الثلث فهي جائزة، وإن لم تخرج فتتوقف على إجازة الورثة، وذلك لأن المحاباة مع الورثة تكون في حكم الوصية، والقاعدة العامة في الفقه الإسلامي أنه لا وصية لوارث[3].

ثانياً: من الناحية الفنية فالفقه الإسلامي يحكم على البيع الصادر في مرض

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٤/٣٣٤) ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٣٥١).
وقد قررت محكمة استئناف مختلط في ١٩٢٢/١/١٠ المشار إليه في د. السنهوري، الوسيط (٤/٣٣٤)، «أن الغير إذا كان سيء النية، كأن أعلمه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض لم يحق له أن يطلب الحماية»؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٢/٣٢٥).

(٢) وراجع للمزيد: د. السنهوري، الوسيط (جـ ٤/٣٣٤) و (جـ ٩/٢١٨)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٣٥٠..)؛ ود. سليمان مرقس، عقد البيع ص (٥٦٢...)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٢/٣١٩...).

(٣) راجع: المصادر السابقة في الفرع السابق، وانظر على سبيل المثال: جامع الفصولين (٢/١٧٨)؛ والمادتين (٢٦٣، ٢٦٤) من مرشد الحيران. وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي قد فرق بين البيع للوارث، أو لغيره في المادة (٦٤٣ من المشروع). راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (٤/٢٢٠ ـ ٢٢١).

الموت الذي فيه محاباة بأكثر من الثلث بأنه عقد موقوف على إجازة الورثة بالنسبة للقدر المحابي به الزائد على ثلث التركة عند الموت، وأما القانون المدني المصري فقد استعمل في المادة: (٢/٤٧٧) لفظ الإقرار مما يوحي بأن العقد السابق يحكم عليه بأنه صحيح بين العاقدين لكنه غير نافذ في حق الورثة «إلا إذا أقروه»، ولذلك يجب أن لا نخلط بين المصطلحين: إجازة الورثة ـ الخاص بالفقه الإسلامي ـ وإقرارهم ـ الخاص بالقانون الوضعي[١].

وأما القانون العراقي فقد جمع الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت في المواد الآتية:

المادة ١١٠٩:

١ ـ كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله، أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له.

٢ ـ ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت.

المادة ١١١٠: ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته، ويبطل حقوق باقيهم، ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً.

المادة ١١١١:

١ ـ إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث، أو لغير وارث، فإن جاء إقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية، وإن جاء على سبيل الإخبار، أو كان إقراراً بقبض أمانة له، أو استهلاك أمانة عنده ثبتت بغير إقراره نفذ الإقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة، وتصديق الورثة الإقرار في حياة المورث ملزم لهم.

٢ ـ ولا يستحق المقر له ما أقر به المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدى ديون الصحة. ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدى هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه.

---

(١) د. سليمان مرقس، المصدر السابق ص (٥٧٢ ـ ٥٧٣).

المادة ١١١٢:

١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد، فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة، أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن فلا ينفذ الإقرار فـي حق هؤلاء الغرماء.

٢ - وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد نفذ إقراره في جميع ماله، ولكن بعد أن توفى ديون الصحة وما في حكمها من الديون.

والقانون العراقي في هذه المواد مقتبس أحكامه من الفقه الإسلامي ولا سيما الفقه الحنفي مثـلاً فالمادة (١١٠٩) قد تضمنت أحكام المواد ٣٩٣، ٣٩٥، ٨٧٧، ٨٧٩، ١٥٧٠، ١٥٧١ من المجلة و ٢٤١، ٢٤٢، ٣٥٨ - ٣٦١ من مرشد الحيران. والمادة (١١١٠) مستقاة من المادة (١٦٠٤) من المجلة. والمادة (١١١١) مستقاة من أحكام المواد ١٥٩٥، ١٦٠٢ من المجلة، وكذلك المادة (١١١٢) مستقاة من أحكام المادتين ١٦٠٣، ١٦٠٥ من المجلة فما دام الأمر كذلك فنحيل القارىء الكريم إلى ما ذكرناه في الفرع السابق، لكن ذلك لا يمنع من أن نذكر بعض تطبيقات قضائية في ظل القـانون المـدني العـراقي الحـالي ففي حكم لمحكمـة التمييـز - النقض - في ١٩٥٦/١١/١٠ قررت «أن الحكم المميز - أي المطعون فيه - مخالف للقانون، إذ أن الثابت أن البيع جرى في ١٩٥٥/١/٢٤ وأن البائعة توفيت في ٥٥/١/٢٧ كما ثبت أنها كانت عند البيع مريضة وطريحة الفراش لهذا يكون الحكم برد الدعوى مخالفاً للقانون لذلك قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى لمحكمتها لتطبيق حكم المادة (١١٠٩) من القانون المدني. . . باعتبار أن البيع المذكور بمثابة الوصية. . .»[1]، فقد اهتدت المحكمة من خلال أوراق الدعوى أن البائعة كانت مريضة مرض الموت وأنها كانت ملازمة للفراش، كما اهتدت إلى أن التصرف وقع أثناء مرضها من خلال تاريخي سند البيع والموت كما أنها اهتدت إلى أن المراد ببيعها كان تعاوناً وهبة للمشتري لذلك حكمت بنقض حكم محكمة الموضوع بصحة بيعها.

وفي قرار آخر لها في ١٩٥٩/١/١٥ قضت أن إبراء مريضة مصابة بسرطان الثدي

---

(١) رقم الدعوى التمييزية - أي الطعن - ١٦٤٤/ حقوقية/ ١٩٥٦ بغداد، والمذكور أيضاً في: القضاء المدني العراقي (٥١٩/٢).

الواقع في مرض موتها في حكم الوصية[1].

وفي قرار آخر لها نطقت بأنه: «تبين أن مورث الطرفين المتخاصمين باع بيعاً خارجياً ملكه بتسلسل كذا. . . وأوكل بهية وكيلة عنه لإجراء الفراغ، وكان تاريخ البيع الخارجي ١٩٦٠/٤/٢٣ وبتأريخ ٦٠/٧/٢٤ توفي بمرض سرطان الغدد اللمفاوية في الرقبة، ومن تدقيق صورة التقرير الطبي المعطى من قبل الدكتور ـ طبيب المستشفى الجمهوري في الناصرية ـ ظهر أن المتوفي أدخل بتاريخ ١٩٦٠/٥/١٤ إلى المستشفى مصاباً بسرطان الغدد اللمفاوية، وتورم في الخلية اليمنى، وجاء في هذا التقرير أن تاريخ المرض يعود إلى شهرين تقريباً أي أن مبدأ المرض كان بتاريخ ١٩٦٠/٣/١٤ تقريباً. . . من هذا يستدل أن تاريخ تنظيم الوكالة الدورية بالبيع الخارجي صادف في فترة ظهور المرض، وسواء أصح هذا التقدير في التاريخ أم لم يصح فإن المعاملة التي أجراها المتوفي قانونية، ولا مجال هناك لتطبيق المادتين (١١٠٩، ١١١١) مدني، فالعقد الذي أجراه المتوفي لم يقصد فيه التبرع، أو المحاباة، ولا هو إبراء مدينه وارثاً كان أو غير وارث، وإنما القصد انصب على بيع مال غير منقول بثمن مسمى أقر باستلامه إياه أمام كاتب العدل، لهذا فالعقد صحيح وقد تم أمام موظف مختص حضر المتوفي أمامه في دائرته، وأقر به، يضاف إلى هذا أن مرض الموت يتحقق بوجود ركنين أساسيين: العجز عن القيام بأشغاله المعتادة، وانتهاء المرض بالموت، وكلاهما مجتمعاً لم يتوافر في هذه القضية، وعليه فالقرار الذي أصدرته المحكمة مخالف للقانون فقرر نقضه»[2]، وكانت محكمة الموضوع قد قضت بإبطال معاملة البيع الجاري في دائرة طابو الناصرية. . . .

الغصن الثاني
رضا المدين المعسر

إذا استغرقت ديون الشخص أمواله بحيث أصبحت غير كافية للوفاء بديونه

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم (٢٤٦١/ حقوقية: /١٩٥٨ الأعظمية)، والمذكور في القضاء المدني العراقي (٢/٥١٩ ـ ٥٢٠)، وقرار آخر لها بهذا المعنى نفسه المرقم ١٠٨٧/ حقوقية/ ٥٩ الأعظمية، والمذكور في القضاء المدني العراقي (٢/٥٢٠).

(٢) قرار محكمة التمييز رقم الطعن ١١٤ / حقوقية / ١٩٦١ المشار إليه في القضاء المدني (٢/٥٢٠ ـ ٥٢١).

المستحقة جاز للدائنين أن يطلبوا إعساره[1]. أو إفلاسه[2]، وقد درج الفقه الوضعي الحديث على إطلاق لفظ الإعسار في القانون المدني على المدين غير التاجر الذي استغرقت ديونه أمواله، ولفظ الإفلاس في القانون التجاري على التاجر الذي استغرقت ديونه[3] فهما وإن كانا يتفقان في أنَّهما يتحققان نتيجة قصور أموال المدين عن الوفاء بديونه، وأنَّهما يغلان يد المدين عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار أو الإفلاس، وأنَّ أحد الدائنين لا ينفرد في الاستئثار بمال المدين، دون الآخرين لكنهما يختلفان في أنَّه لا توجد في الإعسار المدني تصفية جماعية يقوم بها المصفي (السنديك) ممثلاً لاتحاد الدائنين بل يبقى أمر التنفيذ موكولاً إلى إجراءات فردية من الدائنين كل دائن باسمه خاصة، ومن لا يساهم فيها لا يناله شيء في حين أنَّ هذا الأمر موجود في الإفلاس التجاري[4]، غير أنَّ اختيار كل قانون مصطلحه الخاص للدلالة على ما يريده ـ على الرغم من أنَّه اختيار موفق حتى لا يقع لبس أو خلط بين أحكام كل من

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: د. السنهوري، الوسيط (٣/٧٣)؛ د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ط. مكتبة عبدالله وهبه ١٩٦٧، الجزء الثاني أحكام الالتزام والإثبات ص (٢١٣ وما بعدها)؛ و د. محسن شفيق، النظم المختلفة في الإفلاس المدني، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧، والإفلاس ط. القاهرة ١٩٥١ بند (١٩ وما بعده)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص (٨٢٨)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز في آثار الالتزام، ط. مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٤ ص (١٣٤)؛ و د. حسين النوري، مصادر الالتزام وأحكامه، ط. مكتبة عين شمس ص (٢٨٣)؛ وأحكام الالتزام ص (٥٨)؛ وأنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل (٢/٧٨٨)؛ وجوسران، المصدر السابق (٢/ فقرة ٦٤٩)؛ وبيدان (Budin)، الإفلاس المدني، رسالة باريس سنة ١٩٣٥؛ وسلمان بيات، القضاء المدني العراقي (١/٣٥٧)؛ و د. عبد المنعم فرج الصده، مبادىء القانون، ط. دار النهضة العربية ١٩٧٧ ص (٤٤٨).

(٢) راجع في الإفلاس التجاري: د. محسن شفيق يونس، الموجز في القانون التجاري، جـ١ ط. القاهرة ١٩٦٦؛ و د. علي حسن يونس، القانون التجاري، ط. القاهرة ١٩٦١ (١/٥٠)؛ ونوري الطالباني، القانون التجاري العراقي، ط. بغداد ١٩٧٢ (١/٧٦)؛ وأستاذنا الدكتور عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، ط. دار الطباعة الحديثة ١٩٨١ ص (٣١).

(٣) وقد درج بعض القوانين على عدم التفرقة بينهما مثلاً إنَّ القانونين الألماني والإنجليزي، لا يفرقان بينهما، ويجعلان المدين المعسر خاضعاً لنظام واحد سواء كان تاجراً أم غير تاجر، فيعامل غير التاجر كالتاجر. انظر: ولسون، المصدر السابق ص (٦٥٠).

(٤) د. السنهوري، مصادر الحق (٥/٣٧)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، الوجيز ص (١٣٤).

القانونين بخصوصه ـ ليس عليه دليل قوي من اللغة العربية يعينهما عليه، فكلا المصطلحين يدل على المقصود، ولا مانع من حيث اللغة من إطلاق الإفلاس على الإعسار المدني وبالعكس(١). وإذا ألححنا في التماس مستند لغوي لهذه التفرقة فربما نهتدي إليه في كتب اللغة وذلك لأنَّه يقال: أفلس الرجل أي صارت دراهمه ودنانيره فلوساً أي أصبح تعامله بالفلوس بعد أن كان تعامله بالدراهم والدنانير(٢)، وقد سبق أنَّ الإفلاس ينبىء عن معنى التحول(٣). ومن هنا نجد أنَّ لفظ الإفلاس أنسب للتاجر الذي يكون ماله ـ بحكم عمله ـ في تحول من ربح إلى خسارة، وبالعكس، في حين أنَّ لفظ الإعسار يعني الفقر والفاقة وعدم توفر المال لديه، لأنَّ أصله من العسر وهو الصعوبة والشدة ومن هنا يكون إطلاقه على المدين المعسر العادي أولى(٤).

هذا وقد كان القانون الروماني ـ في عصوره الأولى ـ يتسم بالقسوة البالغة والشدة على المدين فقد كان يعطي لدائنه ـ بعد حصوله على حكم قضائي بدينه أو اعتراف المدين به ـ الحق في القبض عليه أمام البريطور (نظم جايوس ٤، ٢١) ثمَّ إذا لم يف المدين بدينه خلال ستين يوماً من تاريخ القبض عليه كان للدائن الحق في استرقاقه بل له الحق في قتله، أو بيعه خارج روما، فقد نص قانون الألواح الإثني عشر على أنَّ للدائنين ـ في حالة تعددهم ـ الحق في قتل المدين واقتسام جثته أشلاء(٥)، وبقي الأصل في القانون الروماني هكذا، ثمَّ اقتصر في عصوره المتأخرة على حق الدائن في حبس المدين في منزله الخاص إلى أن يفي بدينه، أو يجبره على العمل لحسابه حتى يستوفي دينه بالكامل، وبقي الأصل هو التنفيذ على شخص المدين، بل لم يكن مقرراً سواه إلى عهد الإمبراطورية حيث أعطى الإمبراطور أغسطس للمدين العاجز عن الوفاء فرصة لتفادي حبسه بالتنازل عن جميع أمواله للدائنين(٦)، كما استحدث البريطور في

---

(١) انظر: القاموس المحيط، ولسان العرب؛ والمصباح المنير؛ في مادتي «عسر» و «فلس».

(٢) المصادر السابقة.

(٣) قال العلامة الفيومي: «وحقيقة الإفلاس: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر».
انظر: المصباح المنير (٢/١٣٦).
لكن ورودهما في القانون أمر اصطلاحي فلا مشاحة فيه.

(٤) يراجع القاموس المحيط (٢/٩١)؛ والمصباح المنير (٢/٥٨)؛ ولسان العرب، مادة «عسر».

(٥) استاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، القانون الروماني، أحكام الالتزام، ط. دار النهضة العربية ١٩٦٥ ص (٥٥).

(٦) المصدر السابق ص (٥٥ ـ ٥٨).

حوالي القرن الأول قبل الميلاد نظام التنفيذ على أموال المدين وبيعها بالمزاد العام، بالإضافة إلى إبقاء الإكراه البدني فكان الدائن بالخيار في طلب أي منهما من الحاكم إلَّا في حالة تنازل الدائن عن حقه في التنفيذ البدني وتنازل المدين عن كل ماله[1]، وقد استطاع البريطور من خلال تطويره لنظام التنفيذ على أموال المدين أن يصل إلى نظام الإعسار الذي يكفل المساواة بين الدائنين في حالة إعسار المدين حيث كان يبدأ بإجراءات تصفية أمواله بعد أن يطلب أحد الدائنين بهذا الطلب إليه، فيضع اليد على أمواله ـ ويعتبر ذلك بمثابة حجز عام على جميع أمواله ـ ثمَّ يصدر البريطور إذناً بتمكين الدائنين من حيازة جميع أموال المدين وبذلك تغل يده عن إدارتها ولكن لا يزال في حكم المالك لها، وبعد مضي مدَّة ثلاثين يوماً إن كان المدين حياً، وخمسة عشر يوماً إن كان ميتاً (نظم جايوس: ٣، ٧٩) على تاريخ صدور أمر البريطور بحيازة أمواله يصدر أمراً آخراً بأن يجتمعوا ويختاروا أحدهم ليكون وكيلاً عنهم ـ أي المصفى (السنديك) ـ لتصفية أموال المدين، وبيعها، ثمَّ بعد مضي عشرة أيام إن كان المدين حياً، أو خمسة إن كان ميتاً على هذا الإجراء، يقوم المصفى ببيع جميع أموال المدين لمشتر واحد دفع أعلى الثمن، (الموسوعة ٢٢، ٥، ١٦) ثمَّ يوزعها على دائنيه بنسبة مئوية[2] ويكون المشتري خلفاً للمدين في الجانب الإيجابي ـ أي يكتسب جميع أمواله المادية، والمعنوية كحق الإرث، والانتفاع، والاستعمال ـ لا في الجانب السلبي، فلا يلتزم بالدين إلَّا في حدود ما حصل عليه من أمواله، ولا تعفي هذه الإجراءات المدين عن الوفاء ببقية ديونه إن لم تف أمواله بها، بل يظل ملتزماً بما تبقى عليه ولذلك فللدائنين معاودة الكرة لبيع جميع ماله كلما شعروا بحصوله على أموال جديدة إلى أن يستوفوا ديونهم (نظم جايوس، ١٥٥)[3].

وأما التقنين المدني الفرنسي، والتقنين المدني المصري القديم فلم يقوما بتنظيم نظام الإعسار، فلم يرد فيهما ذكره[4] غير أنَّ التشريع المدني المصري الحالي قد

---

(١) المصدر السابق ص (٥٦).

(٢) المصدر السابق ص (٥٧ ـ ٦٢).

(٣) المصدر السابق ص (٦٤ ـ ٦٥) وهذا النظام قد انتقد بأنَّه يقتضي بيع جميع أموال المدين لمشتر واحد حتى لو كانت ديون المدين أقل من حقوقه غير أنَّ هذا العيب قد تلافاه القانون الروماني في ظل نظام المرافعات الكتابية لصالح المدين القاصر أو المجنون (الموسوعة ٥، ٦، ٤٢) ثمَّ عمم في عهد المرافعات الإدارية، المصدر السابق ص (٦٥).

(٤) د. محمود جمال الدين زكي: المصدر السابق ص (٨٢٩).

تلافى هذا النقص فقام بتنظيم نظام الإعسار على نحو يكفل حماية معقولة للدائنين، ورتب على شهر الإعسار آثاراً هامة اقتبسها من الشريعة الإسلامية الغراء كما نراها ـ كما كفل شيئاً من المساواة بين الدائنين جميعاً بحلول الديون المؤجلة(1).

وأما القانون الإنجليزي فجعل المدين المعسر سواء كان تاجراً أم غيره خاضعاً لنظام الإفلاس التجاري(2). ونحن في هذا المبحث نقتصر على ما تقتضيه طبيعة بحثنا وهو مدى أثر الإعسار في الرضا وتقييد المدين في التصرفات فنذكر بإيجاز: حقيقة الإعسار، وكيف يتم شهر الإعسار وما هي آثاره؟ وكيف ينتهي؟.

حقيقة الإعسار:

يراد بالإعسار: كون المدين في حالة تزيد ديونه ـ سواء كانت حالة، أم مؤجلة ـ على أمواله، وهذا ما يسمى بالإعسار الفعلي وأمَّا الإعسار القانوني فهو الحالة التي تزيد فيها ديونه المستحقة الحالة على أمواله(3)، فمناط الإعسار هو زيادة الديون على ما للمدين من أموال وحقوق(4).

كيف يتم شهر الإعسار؟:

شرع التشريع المدني المصري الحالي جميع الوسائل المتاحة ـ من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان ـ التي تكفل حقوق الدائنين. فقرر كقاعدة عامة ضماناً عاماً في المادة (**٢٣٤/١، ٢**) وهو أنَّ: «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وأنَّ جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلاَّ من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون»، وقد نالت تلك الوسائل اهتمامه الكبير حيث خصص لها ثلاثين مادة (**٢٣٥ ـ ٢٦٤**) ومن خلال هذا الضمان العام في المادة (**٢٣٤**) يتعلق حق الدائن بمال المدين لكن لا يعينه بل من حيث العموم، فحينئذٍ إذا كان ماله أكثر من ديونه، وتصرف تصرفات مالية فلا ضير عليه، إذ الضمان لا يزال مصوناً، لأنَّ فيما تبقى له من أمواله يكفي لأداء ديونه أما إذا تصرف في هذه الأموال الضامنة تصرفات تؤدي إلى إضعاف ذمته المالية وعدم

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/فقرة ٦٥٨).

(2) انظر: (ولسون)، المصدر السابق (٦٥٠).

(3) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (١٣٠)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز ص (١٣٤)؛ و د. إسماعيل غانم، المصدر السابق (٢/٢١٣)؛ و د. حسين النوري، مصادر الالتزام وأحكامه ص (٢٨٣)؛ وأنور العمروسي (١/٧٨٨).

(4) المصادر السابقة أنفسها.

وفاء أمواله بعدها لديونه، فإنَّ هذا الضمان العام قد اهتز حيث قد أصابه ضعف وخلل، ومن هنا يبرز حق الدائن حيث إنَّ ضمانه العام قد اهتز، بل يكاد يتعلق حقه بعين ماله غير أنَّ هذا التقدير لما كان محل الاجتهاد أنيط بحكم القاضي، ولذلك يحق له أن يطلب عن طريق الدعوى البوليصية(1) عدم نفاذ تصرفات المدين التي تنطوي على غش بقصد إضعاف ذمته المالية، كما أنَّ له الحق من خلال الدعوى الصورية(2) أن يدفع عن نفسه تصرفات المدين الصورية التي تستهدف إخراج أمواله من ذمته المالية(3)، وكذلك الأمر في الدعوى غير المباشرة والتي يطالب فيها الدائن باسم مدينه حقوق المدين في ذمة الغير بشروطها(4)، بل إنَّ نظرية الذمة المالية تترتب عليها هذه النتيجة

---

(1) الدعوى البوليصية هي دعوى عدم نفاذ التصرف وهي وسيلة من وسائل حماية الدائن من تصرفات مدينه التي قد يترتب عليها الإضرار به حينما يتصرف بسوء النية تصرفاً يترتب عليه انتقاص أمواله إضراراً بدائنه؛ ومن شروطها: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقاً على التصرف المطعون فيه، وأن يكون هذا التصرف ضاراً بالدائن، وأن يتسبب في إعسار المدين، أو الزيادة في إعساره ـ أي زيـادة ديونه ـ وأن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش هذا الشرط الأخير إذا كان التصرف معاوضة، أما إذا كان تبرعاً فإنَّه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أنَّ المدين لم يرتكب غشاً» (المادة ٢٣٨ م م).

راجع في تفصيل هذه المسألة: د. السنهوري، الوسيط (٣/ بند ٧٣)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، الوجيز في آثار الالتزام ص (٨٥ ـ ١٠٢)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٧٩٠).

(2) الصورية هي اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني، وذلك بأن يتفق المتعاقدان على إخفاء حقيقة التصرف الذي جرى بينهما بأن يتظاهرا بأنَّ التصرف الذي تمَّ بينهما كان بيعاً في حين أنَّه كان هبة، أو إجارة، ونحوهما. والصورية نوعان مطلقة إذا كان العقد الظاهر: لا وجود له في الواقع، ونسبية إذا كان له وجود لكن يختلف عن المستتر من حيث النوع.

انظر د. محمد علي عمران، المرجع السابق ص (١٠٣)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٨٠٨)؛ والمصادر السابقة.

(3) د. حسام الدين الأهواني، المصدر السابق ص (٢٦١).

(4) وتلك الشروط منها ما يرجع إلى الدائن، ومنها ما يرجع إلى المدين، ومنها ما يرجع إلى الحق الذي يستعمله باسم مدينه؛ أما شرط الدائن فهو أن يكون حقه محققاً، وأما الشروط التي ترجع إلى المدين فهي أن يترتب على عدم استعمال حقوقه زيادة في ديونه على حقوقه وذلك بأن يكون المدين مهملاً في استعمال حقه أو أن يكون متعمداً في ذلك، وأما الشروط التي ترجع إلى الحق =

وذلك لأنَّ الذمة المالية ما هي لدى التحقيق إلاَّ مجموعة ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات[1]، فالذمة هي كالميزان له كفتان تقع في إحداهما أمواله وحقوقه وفي الأخرى التزاماته وما عليه من ديون، فإذا رجحت كفة الديون على أمواله فإنَّ الذمة المالية تفقد توازنها، بل تكاد تفقد استقلاليتها وذلك لأنَّ الضمان العام للدائنين متعلق بما له من أموال وحقوق وبالتالي يتأثر بها قوة وضعفاً.

ثمَّ إنَّ عملية الإعسار تتم حينما يرفع أحد الدائنين ـ عادة ـ دعوى الإعسار ضدَّ المدين المعسر يطلب فيها من القاضي الحكم بشهر إعساره حتى يمنعه من التصرف في أمواله تصرفاً ضاراً، أو ليسقط الأجل عن دينه، أو ليمنع الدائنين الآخرين من أخذ حقوق اختصاص على عقاراته ثمَّ إنما يستجيب له القاضي إذا ما أثبت الدائن ـ بكافة طرق الإثبات ـ أنَّ أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الحالة، ومع ذلك فإنَّ للقاضي سلطة تقديرية واسعة، حيث تبقى له الحرية في النظر في الظروف والملابسات التي تحيط أو أحاطت بالمدين وسبب إعساره، بالإضافة إلى النظر في موارده في المستقبل، وقدرته الشخصية على الكسب[2]، وهذا ما نصت عليه المادتان: (٢٤٩، ٢٥١ م م) فقد نصَّت المادة (٢٤٩) على أنَّه: «يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء». ونصت المادة (٢٥١ م م) على أنَّه: «على المحكمة في كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به سواء كانت هذه الظروف عابرة أم خاصة. . .».

هذا وقد يكون المدين نفسه (المادة ٢٥٠ م م) هو الذي يطلب الإعسار حينما يلتمس لنفسه مصلحة في ذلك مثل أن يرى أنَّ الديون قد أثقلت كاهله، وانهالت عليه

= الذي يستعمله باسم مدينة فهي أن يكون في نطاق الحقوق الثابتة للمدين، فلا يجوز له أن يباشر رخصة عنه، وأن لا يكون الحق الذي يستعمله الدائن متصلاً بشخص المدين خاصة مثل حق الطلاق والخلع والنسب ونحو ذلك، وأن يكون حقاً قابلاً للحجز، لأنَّ الدائن لا يستطيع أن يستوفي منه حقه، وذلك كحق الاستعمال وحق السكنى، ودين النفقة، والحقوق الأخرى التي لا يجوز الحجز عليها وفقاً لقانون المرافعات.

انظر: د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٧٨٨)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز ص (٧٢)؛ والمصادر السابقة.

(١) د. السنهوري، مصادر الحق (٥/٢١) وقارن: جوسران، المصدر السابق (٢/ بند ٦٤٩).

(٢) د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٨٣٠)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز ص (١٣٤)؛ والمصادر السابقة.

الحجوز على جميع موارده فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة أو أن يأمل من دائنيه منحه آجالاً جديدة أو جدولة ديونه[1]، وحينما تقتنع المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين تحكم عليه بالإعسار وتشهره ثمَّ تبعث صورة من هذه السجلات إلى محكمة مصر[2].

الآثار المترتبة على شهر الإعسار وهي:

أولاً: حلول ديون الدائنين: فقد نصت المادة (٢٥٥ م م) على أنَّه: «١ ـ يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة. ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل». فقد استهدفت هذه المادة تحقيق نوع من المساواة الفعلية بين الدائنين جميعاً حيث جعل أصحاب الديون المؤجلة على قدم المساواة مع أصحاب الديون الحالة في أنَّ لهم المشاركة في أمواله بدلاً من الانتظار لحين أن تحين آجال ديونهم ويتقدم عليهم هؤلاء، بل قد لا يبقى شيء من أموال المدين لحين حلول آجالها، كما أسقطت في مقابل حلول ديونهم المؤجلة مقدار الفوائد عن المدة الباقية من الأجل، غير أنَّ تحقيق هذه المساواة بينهم لا تصل إلى جعل التصفية في نظام الإعسار إجراء جماعياً ـ كما هو الحال في الإفلاس التجاري ـ بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ويتخذ بنفسه الإجراءات الفردية القانونية، ولذلك يجوز لكل دائن أن يحجز على أموال المدين ما كان منها موجوداً قبل الإعسار أو ما استجد منه[3].

وهذا الأثر ليس حتمي الوقوع، إذ للقاضي أن يستجيب لطلب المدين بإبقاء الأجل أو مده، إذا كان في ظروف تبرره، وأن يكون إبقاء الأجل أو مده أكفل برعاية مصلحة المدين والدائنين جميعاً، كما إذا كان الأجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أمواله، وسداد ديونه ودياً وفي ظروف أكثر ملاءمة[4].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) راجع في تفصيلات هذه الإجراءات: د. إسماعيل غانم، المصدر السابق (٢/٢١٩)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز ص (١٣٨)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٨٣٢)؛ و د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط. القاهرة ١٩٨٠ فقرة ٥٩١.

(٣) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص (٢/٢٢٢)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز ص (١٤١).

(٤) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق (٢/٢٢٢)؛ والمصادر السابقة.

ثانياً: تقييد تصرفات المدين بعدم إضرارها بالدائنين: فقد نصَّت المادة (**٢٥٧ م م**) على أنَّه: «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين» وذلك دون حاجة إلى إثبات غش المدين أو علم من تصرف إليه[1]، فعلى هذا تكون تصرفات المدين غير نافذة في حق الدائنين من الوقت الذي تسجل فيه صحيفة دعوى الإعسار، وهذا لا يعني أنَّ التصرف الذي قام به المدين باطل بل هو صحيح بالنسبة له وللعاقد الذي تصرف معه غير أنَّه لا ينفذ، ولهذا لو كان التصرف بيعاً ونفذ الدائنون على العين المتصرف فيها كان للعاقد الآخر الرجوع بدعوى الضمان على المدين البائع[2]، ثمَّ إنَّ التشريع المصري لم يمنع المدين المعسر من أن يتصرف في ماله وإن كان لم يرض به الدائنون غير أنَّه قيد تصرفاته بأن تكون بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن في خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع، فإذا كان الثمن الذي بيع له المال أقل من ثمن المثل يكون التصرف غير نافذ في حق الدائنين إلاَّ إذا قام المشتري بإكمال الثمن وإيداعه في خزانة المحكمة كما نصت على ذلك المادة (**٢٥٨ م م**).

وقد احتاط المشرع المصري في حماية الدائنين فقرر تعزيزاً لها عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملاً من أعمال الغش البين إضراره بدائنيه فقد نصَّت المادة (**٢٦٠ م م**) على أنَّه: «يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين:

أ ـ إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

ب ـ إن كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه».

ثالثاً: **مراعاة مصلحة المدين**:

لم يغفل المشرع المصري عن مصلحة المدين فأولاها عنايته حيث أجاز إبقاء الأجل، أو مده بالنسبة للديون المؤجلة والحالة، كما أنَّه لم يقرر رفع يد المدين عن أمواله، بل تركها قائمة عليها، وجعل تصرفاته نافذة ما دامت بثمن المثل وأودع في

---

(١) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق (٢/٢٢٢).

(٢) المصدر السابق نفسه.

خزانة المحكمة[1]. وأكثر من ذلك فقد أجاز له في المادة (٢٥٩) تقريراً للنفقة إذا أوقع الدائنون حجزاً على إيراداته فقد نص فيها على أنَّه: «إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة...».

انتهاء حالة الإعسار وآثاره:

وقد نصت المادة (٢٦١ م م) على أن حالة الإعسار تنتهي بحكم القاضي في حالتين:

الحالة الأولى: وهي أن تصدر المحكمة الابتدائية المختصة حكمها بانتهاء حالة الإعسار متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.

الحالة الثانية: أن تصدر حكمها بانتهاء الإعسار متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه من قبل وفقاً للمادة (٢٦٣ م م).

ونصت المادة (٢٦٦م م) على «أن حالة الإعسار تنتهي بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار». هذا ويترتب على انتهاء حالة الإعسار زوال الآثار التي ترتبت على شهره (المادة ٢٦٣ م م) غير أن ذلك لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية، ولا من استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة[2].

وأما القانون العراقي فكان أكثر تأثراً بـالفقه الإسـلامي حيث اقتبس منه حتى مصطلحاته فوضع العنوان: «الحجر على المدين المفلس» كما أنه استعمل الإفلاس للمدين التاجر، وغيره ولذلك نحتاج إلى زيادة قيد «التجاري» أو «المدني» بعد الإفلاس حتى لا يقع لبس وخلط بينهما لأن القانون العراقي قد فرق بينهما في الحكم، فقد قال رئيس اللجنة التحضيرية للقانون المدني العراقي عند تعليقه على

---

(١) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق (٢/٢٢٣)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز (١٣٩)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٨٣٣...).

(٢) انظر د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٨٣٨)؛ ود. محمد علي عمران، الوجيز ص (١٤٢)؛ ود. إسماعيل غانم، المصدر السابق (٢/٢٢٣)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٨٠٨).

المادة (٢٧٠ م ع): «وقد شجعني أن أضع الحجر في المشروع أن الشريعة الإسلامية تقرره وهو منصوص عليه في المجلة... ويلاحظ أني تحاشيت في هذا التنظيم أمرين: أولهما ألا يقام سنديك على المدين المفلس، والثاني أن لا تكون تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعية، وهذان الأمران هما اللذان يميزان الإفلاس التجاري ويصبغانه بصبغة العنف المعروفة عنه، فلا يجوز أن نجعل الإفلاس المدني في عنف الإفلاس التجاري...»[1].

هذا وقد أولى القانون المدني العراقي أيضاً عناية فائقة بالوسائل التي تكفل حقوق الدائنين وخصص لها خمساً وعشرين مادة (٢٦٠ ـ ٢٨٤) فقرر في المادة (٢٦٠) قاعدتين في غاية من الأهمية وهما: «أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون» وهذه المادة هي نص المادة (٢٣٤) من القانون المدني المصري، كما أعطى التشريع العراقي الدائن الحق في الدعوى غير المباشرة في المادتين (٢٦١، ٢٦٢) ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ـ (أي الدعوى البوليصية) في المواد: (٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٦) كما تناول في المواد (٢٦٥ ـ ٢٦٩) الأحكام المتعلقة بالإعسار فنص في المادة (٢٦٥) على أنه: «إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها» وهذه المادة تقابل المادة (٢٣٩) من القانون المدني المصري غير أن أهم ما في القانون العراقي هو تنظيمه الحجر على المدين المفلس مقتبساً من الشريعة الاسلامية فنص في المادة (٢٧٠) على أن: «المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله إذا خاف غرماؤه ضياع ماله، أو خافوا أن يخفيه، أو أن يجعله باسم غيره، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله، أو إقراره بدين لآخر حجرته المحكمة»، وهذه المادة التي استقيت من المادتين ٩٥٩، ٩٩٩ من المجلة، قد حددت لنا الشروط التي يجب توفرها للحكم على المدين بالحجر، وهي:

١ ـ أن يكون ماله لا يفي بديونه.
٢ ـ أن يطلب أحد الدائنين الحجر عليه.

---

(١) من ملاحظات اللجنة التحضيرية لمشروع القانون المدني العراقي الحالي المذكور في القضاء المدني العراقي (١/٣٥٧).

٣ ـ أن تكون هناك أسباب معقولة للخوف من تضييع المدين ماله أو إخفائه، أو جعله باسم غيره.

فإذا تحققت هذه الشروط تصدر محكمة البداءة حكمها بالحجر بناء على طلب أحد الدائنين (المادة ١/٢٧١) ثم يجوز بمقتضى هذا الحكم أن يحصل من دائرة الإجراء على إقرار حجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات، ومنقولات، وديون في ذمة الغير عدا الأموال التي لا يجوز حجزها، ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر، ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك (المادة ٢/٢٧١، ٣) وقرر في المادة (٢٧٢) ـ كالقانون المصري في المادة (٢٥٩) ـ نفقة المدين ومن تلزمه نفقته في مدة الحجر، كما قرر في المادة (٢٧٣) ما يترتب على الحكم بالحجر من حلول الديون المؤجلة، والأحكام المتعلقة به كالقانون المصري في مادته (٢٥٥) سواء بسواء، ونص في االمادة (٢٧٤) على أنه: «إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره، وإذا دفع من ماله ديناً في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه» وهذه المادة مستقاة من المواد (١٠٠١ ـ ١٠٠٢) في المجلة والمادة (٢٢٠) من مرشد الحيران، ويؤخذ من هذه المواد أن آثار الحجر على المدين المفلس ثلاثة هي: الحجر على جميع أمواله وحلول ديونه المؤجلة، وبيع أمواله للوفاء بديونه لكن إجراءات التنفيذ تكون إجراءات فردية يتولاها كل دائن لحسابه الخاص فيجوز لكل دائن أن يعمل لاستخلاص حقه بكل الطرق المقررة غير أن ما يحصل عليه من جراء التنفيذ يتقاسمه الدائنون جميعاً حسب نسبة ديونهم، ولذلك من تقدم منهم لأخذ حصته أخذها، ومن تخلف منهم لم يأخذ شيئاً.

وقرر في المادة (٢٧٧) ـ كالقانون المصري في المادة (٢٥٨) أن المدين يبقى له الحق في التصرف في أمواله بإذن المحكمة على أن يكون بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي منه الدائنون حقوقهم، وأما عملية انتهاء الحجر فلا يختلف فيها القانون العراقي عن المصري إلا في تحديد المدة التي ينتهي فيها الحجر بقوة القانون حيث إنها ثلاث سنوات في القانون العراقي (المادة ٣/٢٧٨) وكذلك الأمر في الآثار التي تترتب على انتهاء الحجر (المادة ٢٧٩ م ع مقابل المادتين ٢٦٣، ٢٦٤ م م)[1].

(١) راجع في تفصيل هذه المسألة: د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق؛ وسلمان بيات، القضاء المدني العراقي (/٣٥٧ ـ ٣٦٠)؛ ود. السنهوري، مصادر الحق (١٤٢/٥).

موازنة وتحليل

من خلال العرض السابق تبين لنا أن الفقه الإسلامي ـ عدا رأي أبي حنيفة ـ قد قرر الحجر على المدين الذي استغرقت ديونه أمواله بحيث لم تكن تكفي لسداد ديونه الحالة، ورتب على الحجر منع المدين من التصرفات الضارة بالدائنين ـ على التفصيل السابق ـ ثم بيع أمواله لسداد ديونه مع منح المدين نفقته وما هو ضروري لحياته ـ على اختلاف في تقدير ذلك حيث اختلفوا هل يدخل فيه منزله الخاص أم لا ـ كما قرر الفقه الإسلامي المساواة الفعلية بين الدائنين من حيث تقسيم أمواله عليهم بحسب النسبة، وأن عملية الحجر تعلن وأن حق من لم يحضر، أو لم يعلم به ثم جاء بعد الحجر لا يسقط ومن حيث حلول الدين المؤجلة بالحجر عند بعض المذاهب ـ كما سبق ـ كما أن الراجح في الفقه الإسلامي هو أن الحجر على المدين لا يكون إلا بحكم القاضي، وكذلك لا ينتهي إلا بحكمه أو بحكمه ببيع جميع أمواله، أو بوفاء ديونه. كما نادى الفقه الإسلامي بإنظار المعسر والحث على كل وسائل الشفقة والأُخوة، هذه هي مجمل ما قرره الفقه الإسلامي قبل أربعة عشر قرناً، وإذا وازنا بينه وبين غيره ـ من باب المعرفة فحسب ـ نرى أن ما وصل إليه الفقه لم يصل إلى بعضه الفقه الحديث إلا بعد عناء طويل وفي فترة متأخرة[1]. فالقانون الروماني ـ كما رأينا ـ كان عنيفاً جداً في معاملة المدين فقد يصل الجزاء فيه في بعض الأحيان إلى الاسترقاق، بل إلى القتل، وتوزيع جثته أشلاء ممزقة، في حين أن الإسلام دعى إلى إنظار المعسر، ﴿وإنْ كَانَ ذو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَة﴾[2]، كما دعى إلى إعفائه شطراً من الدين ـ كما سبق ـ. وأما القانون الفرنسي والقانون المصري القديم فكان نظام الإعسار القانوني فيهما غير واضح المعالم يكتنفه الغموض، بل لم يذكرا أحكامه، وإنما الذي قام بتنظيمه تنظيماً دقيقاً هو القانون المصري الحالي والقانون العراقي، وهما قد اقتبسا معظم أحكامهما من الفقه الإسلامي كما تبين ذلك بإيجاز، فالمبدأ السائد في كلا القانونين هو أن شهر الإعسار، أو الحجر لا يتم إلا إذا كانت ديون المدين تزيد على أمواله وأن شهر الإعسار، أو الحجر لا يتم إلا بحكم الحاكم، وإن طلب ذلك يتم سواء كان من أحد الدائنين أو من المدين نفسه، فهذه الخطوط العامة هي عين ما أقره الفقه الإسلامي.

وكذلك الأمر بخصوص الآثار المترتبة على شهر الإعسار، أو الحجر فحلول الديون المؤجلة بالحجر في القانونين هو مذهب جماعة كثيرة من الفقهاء المسلمين،

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق (٥/ ١٤٠).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

وكذلك غل يد المدين عن التصرفات في ماله حيث إن كل تصرف ينشئه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون غير سار في حق الدائنين، وكذلك عدم نفاذ بيعه إلا لغرض أداء ديونه هو مذهب جماهير الفقهاء، وأما المساواة بين الدائنين في أنهم يتحاصون في أموال المدين، وأنه لا يجوز لدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار المدين وإلا كان الاختصاص غير نافذ في حق الآخرين فإن الفقه الإسلامي ذهب في ذلك إلى أبعد من هذا، فإذا كان ما قرره القانونان: المصري والعراقي المساواة القانونية - أي كل دائن يتخذ الإجراءات لحساب نفسه ومن لم يتقدم لا يأخذ شيئاً -[1]، فإن الفقه الإسلامي قد قرر المساواة الفعلية حيث جعل إجراءات التصفية جماعية يقوم بها الحاكم نيابة عن المدين فيبيع جميع ماله أو يقدر ما يفي بديونه ثم يوزعها على الدائنين حتى إذا ظهر بعد القسمة دائن آخر رجع عليهم وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه.

المبحث الثاني
كون الرضا متنوراً

والمراد بتنور الرضا أن يكون على بينة من حقيقة ما يقدم عليه وعلى هدى وإدراك لما يحيط بالتصرف الذي ينشئه، بأن يرى المعقود عليه على حقيقته، ويدرك ماهية التصرف الذي عقد العزم على إنشائه، فلا يشوبه غش ولا تدليس، ولا استغلال، ولا غلط، ولا جهل، فقد أشار الإمام الغزالي إلى هذا الشرط فقال: إن شرط القصد الإحاطة بصفات المقصود[2]. ولا يخفى أن الإحاطة بالمقصود تعني كونه واضحاً بيناً على حقيقته، فإذا حصل فيه غش أو تدليس أو غلط فلا تتم إحاطته القصد بصفاته.

ونعالج في هذا المبحث هذه الأمور ومدى أثرها في الرضا في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
أن لا يشوب الرضا غش وتدليس

ويتوزع هذا المطلب على فرعين:

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق ص (١٤٢).

(٢) الوسيط للغزالي، بتحقيقنا (٢/٥٩٦).

الفرع الأول
الغَشُّ والتدليس في الفقه الإسلامي

ويتفرع منه غصنان:

الغصن الأول
بيان الماهية

تتردد في الفقه الإسلامي عند التصدي لأحكام المعاملات ألفاظ: «الغش» و«التدليس» و«التغرير» و«الخداع» و«الحيلة» و«الخلابة»(١) ونحوها. . . كثيراً وعند التعمق في معانيها والغوص في مبانيها نجدها جميعاً تجتمع حول معنى واحد، وهو الدلالة على أن في التصرف نوعاً من التحايل، وكتماناً لحقيقته، أو إظهاره بطرق ملتوية على غير ما هو عليه، أو إغراء العاقد عليه بإيهامه أن فيه بعض محاسن وفوائد مرغوبة لديه، وهذا لا يعني أن هذه الألفاظ مترادفة، بل إن لكل واحد منها معناه الخاص، ولذلك صرح بعض الفقهاء ببيان فروق بين هذه الكلمات فقالوا: إن الغش أعم من التدليس(٢)، وقال بعضهم الآخر بالعكس(٣)، ونحن هنا نذكر المعاني الخاصة لكل واحد بإيجاز: فالغش هو إظهار خلاف ما أضمره مع تزيين المفسدة له، فيقال: غشه أي لم يمحضه النصح وزين له غير المصلحة، والمغشوش: الشيء غير الخالص فيقال: لبن مغشوش أي غير خالص(٤)، وقال ابن عرفة الفقيه المالكي: «الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع، أو يكتم وجود موجود مقصود فقده، كأن يرقم على السلعة أكثر من ثمنها، ويبيع بالثمن الأصلي ليوهم المشتري الغلط على نفسه، أو ينفخ اللحم لإيهام أنه سمين. . .»(٥).

والتدليس: كتمان عيب المعقود عليه عن العاقد الآخر. وأصله من الدلس وهو الظلمة؛ قال الأزهري، سمعت أعرابياً يقول: ليس لي من الأمر ولس ولا دلس أي خيانة، ولا خديعة(٦).

---

(١) راجع: لسان العرب؛ والقاموس المحيط؛ والمصباح المنير؛ في هذه المواد السابقة.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٦٩).

(٣) بلغة السالك (٢/٥١٠).

(٤) القاموس المحيط (٢/٢٦٢)؛ والمصباح المنير (٢/١٠٠).

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٦٩)؛ مع ملاحظة أن قول ابن عرفه الذي ذكرناه هو بعد تصويب الدسوقي لعبارته.

(٦) القاموس المحيط (٢/٢٢٤)؛ والمصباح المنير (١/٢١٢)؛ وتكملة المجموع للسبكي (١٢/١٥). =

قال ابن عبد البر: والتدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري[1]، وقال ابن قدامة: معنى: دلس العيب: أي كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، مشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأن البائع بستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به»[2].

والتغرير لغة: الخداع فيقال: غره أي خدعه، وأطمعه بالباطل ويقال: غرته الدنيا أي خدعته بزينتها، والغرر ما لا تعلم عاقبته[3]، وقد عرفت المجلة التغرير في المادة (١٦٤) بقولها: «التغرير: عبارة عن إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له، لكي يستثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد».

والخدعة، والحيلة، والخلابة بمعنى واحد[4].

فهذه الألفاظ ـ كما رأينا ـ متقاربة بعضها من بعض تدور حول: كتمان الحقيقة، واستعمال طرق النصب والاحتيال للوصول إلى مآرب غير مشروعة، وهي أكل أموال الناس بالباطل دون تحقق الرضا الحقيقي، لكن الذي يظهر لي هو أن الأكثر استعمالاً في الفقه الإسلامي هو: التدليس، والغش، والتغرير، وأن لفظ الغش يشمل كل هذه المعاني فهو عام لكل ما هو تغيير للحقيقة، وكتمان للعيب، وتزيين المعيب ليظهر بمظهر السليم، وإظهار الشيء على خلاف جنسه وحقيقته، والكذب في الثمن أو في الترقيم عندما يعتمد العاقد الآخر عليه ونحو ذلك. ومن هنا فالنهي عن الغش الوارد في الحديث الشريف شامل لكل طرق الاحتيال وإخفاء الحقيقة، ودال على حرمته، فقد روى مسلم وغيره بسندهم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله! قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غش

= وأما التدليس في عرف المحدثين فهو نوعان: تدليس الإسناد مثل أن يروي عمن عاصره ولم يلقه موهماً أنه لقيه، وسمعه منه، وتدليس الشيوخ مثل أن يروي عن شيخ حديثاً سمعه منه فيسميه، أو يكنيه بما لم يشتهر به كيلا يعرف.

راجع: معرفة علوم الحديث للحاكم ص (١٠٣ ـ ١١٢)؛ والتعريفات للسيد شريف ص (٣٠).

(١) الكافي لابن عبد البر (٢/٧١١).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٦٧).

(٣) القاموس المحيط (٢/١٠٤)؛ والمصباح المنير (٢/٩٧).

(٤) القاموس المحيط؛ ولسان العرب؛ والمصباح؛ في المواد: «خدع» و«حال» و«خلب».

فليس مني»[1]. والحديث قد صرح بأن أي كتمان للحقيقة حرام وإن لم يكن السبب من البائع نفسه، قال الترمذي: الحديث صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم... وقالوا: الغش حرام[2].

فإذا كان الغش هو الأعم، فما هي العلاقة بين التدليس والتغرير؟ والذي يظهر لي من خلال مراجعة كتب الفقهاء أنهما بمعنى واحد، وإن كان التدليس أكثر استعمالاً في الفعل والكتمان، والتغرير أكثر استعمالاً في القول؛ ويدل على مساواتهما أن الفقهاء يستعملون أحدهما مكان الآخر، أو يجمعونهما مترادفين فيقول الشيرازي مثلاً: «لأن هذا ـ أي تلقى الركبان ـ تدليس وغرر فلم يحل...»[3]، وأطلق الحطاب التغرير على التغرير الفعلي فقال: «التغرير الفعلي كالشرطي...»[4].

فعلى هذا فالتدليس ـ أو التغرير ـ هو إظهار المعقود عليه على صفة وهمية تدفع المتعاقد الآخر إلى إنشاء التصرف.

وهذا التعريف شامل للتدليس بالفعل وغيره، كما أنه يشير إلى عناصره الأربعة وهي:

١ ـ المدلس. ويشترط فيه أن يكون أحد المتعاقدين، وفي حالة كونه غيرهما لا بد أن يكون العاقد المستفيد على علم بالتدليس، أوبالعيب الموجود في المعقود عليه لكنه يكتمه، قال ابن قدامة: «وسواء في هذا ما علم به فكتمه، وما ستره فكلاهما تدليس حرام»[5]، أي يكون غاشاً لم يمحض النصح للعاقد الآخر سواء كان النقص الموجود في المعقود عليه جاء بسببه، أو من غيره أو من آفة سماوية لكنه علم به.

٢ ـ الشخص الذي وقع عليه التدليس ـ أي المتعاقد الذي غش، ويشترط فيه أن

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الإيمان (١/٩٩)؛ وسنن أبي داود مع العون، كتاب البيوع (٩/٣٢)؛ والترمذي مع التحفة، كتاب البيوع (٤/٥٤٤)؛ وابن ماجة، كتاب التجارات (٢/٧٤٩)؛ والمستدرك للحاكم (٢/٩)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٥/٣٢٠).
قال الخطابي: معناه ليس على سيرتنا ومذهبنا، يريد أن من غش أخاه، وترك مناصحته فإنه قد ترك اتباعي والتمسك بسنتي.

(٢) سنن الترمذي مع التحفة (٤/٥٤٤).

(٣) المهذب (١/٢٩٢).

(٤)المواهب الجليل (٤/٤٣٧).

(٥) المغني لابن قدامة (٤/١٦٧).

يكون جاهلاً بالغش، أما لو كان عالماً به ثم يقدم على التصرف فهذا دليل على أنه راضٍ به. وذكر الشافعية أن من شروطه أن لا يكون مقصراً، فإن كان له قصور في معرفة التدليس بحيث لم يدقق النظر ولم يبحث عنه بحثاً عادياً فلا خيار له(١).

٣ ـ محل التدليس ـ أي الشيء الذي يقع عليه التدليس، أي المعقود عليه المغشوش، ويشترط أن لا تتحقق فيه الصفات التي يذكرها العاقد المدلس، وأن تكون هذه الأوصاف قد أثرت فيه بحيث اختلف بها الثمن لأجلها.

٤ ـ طرق الغش والتدليس أي الوسائل التي يستعملها المدلس للتضليل والاحتيال، ويشترط أن تكون مؤثرة في العاقد الآخر بحيث لولاها لما أقدم على التعاقد، أو لما أنشأه على هذا الشكل الذي تم عليه، ولما دفع فيه ما دفع.

هذا وأن طرق الغش قد تكون قولاً، وقد تكون فعلاً، وقد تكون سكوتاً محضاً كما في حالة الكتمان عما في المعقود عليه من عيوب(٢). فعلى ضوء هذا المعنى العام للغش والتدليس يتدلى فروعهما على كل عقد فيه نقص في المعقود عليه لكن العاقد يظهره بشكل لا يوجد فيه هذا النقص ثم تتبين الحقيقة سواء كان بقوله، أو فعله، أو كتمانه ـ وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بخيار العيب والنقيصة ـ وعلى كل عقد يظهره العاقد بشكل مغر بأن يجعل الآخر في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك، قال النووي: خيار النقيصة منوط بفوات شيء من المعقود عليه كأن يظن حصوله، وذلك الظن من أحد ثلاثة أمور:

أولها: شرط كونه بتلك الصفة كقوله: بعت هذا العبد بشرط كونه كاتباً، والصفات الملتزمة بالشرط قسمان: أحدهما ما يتعلق به غرض مقصود، فالخلف فيها يثبت الخيار وفاقاً، أو على خلاف فيه، وذلك بحسب قوة الغرض وضعفه. والثاني: لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو، ولا خيار بفقده.

وثانيها: من أسباب الظن إطراد العرف بحصول هذه الصفة في المعقود عليه فمن اشترى شيئاً فوجده معيباً فله الرد، ومن باع شيئاً يعلم به عيباً وجب عليه بيانه للمشتري، فإن لم يبينه فله الخيار، لأن العرف يقتضي سلامة المعقود عليه إن لم يبين

(١) الروضة (٣/٤٦٩).

(٢) يراجع في هذه المسألة: البحر الرائق (٦/٣٩)؛ والدسوقي على الشرح الكبير (٣/١١٥، ١٦٩ ـ ١٧٠)؛ وبلغة السالك (٢/٥١٠)؛ والكافي لابن عبد البر (٢/٧١١)؛ وإحياء علوم الدين (٢/٧٧).

عيوبه، وذلك لأن السلامة في العقد مطلوبة، لأن غرض العاقد الانتفاع بالمعقود عليه على وجه الكمال، ولا يتم ذلك إلا مع السلامة، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً.

وثالثها: أن يفعل العاقد ما يورث ظن حصول صفة مقصودة في المعقود عليه ـ أي الفعل المغرر، والأصل فيه التصرية»[1].

وقال موفق الدين المقدسي: «وكذلك ـ كالمدلس في التصرية ـ كل مدلس لا يعلم تدليسه فله رده كجارية حمر وجهها، أو سود شعرها، أو جعده، أو رحى ضم الماء وأرسله عليها عند عرضها على المشتري، وكذلك لو وصف المبيع بصفة يزيد بها ثمنه فلم يجدها فيه كصناعة في العبد أو كتابة»[2].

وعلى هذا يمكن أن نصل من خلال ما ذكره فقهاؤنا إلى وضع معيار للغش والتدليس، وهو كون التدليس هو الدافع للتعاقد، أو للشكل الذي تمَّ به، وأنَّه فعلاً قد أدى إلى أنَّ العاقد الآخر قد فقد ما ظنه حاصلاً، وذلك بإخفاء عيب، أو إظهار فضيلة لم تكن فيه.

قال العلامة ابن حجر الهيثمي: «وضابط الغش المحرم أن يعلم ذو السلعة من نحو بائع أو مشتر فيها شيئاً لو اطلع عليه مريد أخذها ما أخذها بذلك المقابل»[3]، أي تصل طرق الغش حداً يكون دافعاً للتعاقد بحيث لو لم يكن هذا الغش والتدليس لما أنشأ هذا التصرف على النحو الذي تمَّ، ويقول العلامة ابن عابدين: «وضابط الغش المحرم أن يشمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه، فكل ما كان كذلك يكون غشاً، وكل ما لا يكون كذلك لا يكون غشاً محرماً...»[4]، فالمعيار هو مدى تأثير الغش والتدليس في دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد أو إلى دفع ما دفعه من ثمن، وهذا ما أكَّده ابن جزي المالكي فقال: «ولا يجوز الغش... ومنه

(١) الروضة (٣/٤٥٨ ـ ٤٦٦) باختصار وتصرف.
وراجع: المهذب مع تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢ وما بعدها). ويراجع بدائع الصنائع (٧/٣٣١٨).

(٢) العمدة مع شرحه العدة ص (٢٣١).

(٣) تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (٤/٣٨٩)؛ وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٤/٦٩).

(٤) حاشية على البحر الرائق (٦/٣٥).

أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري، أو ما يقلل رغبته فيها»[1]. وقال الشيرازي في تعليقه على إلحاق بعض المسائل بالتصرية: «.. ثبت له الرد، لأنَّه تدليس بما يختلف به الثمن فيثبت به الخيار كالتصرية»[2].

الغصن الثاني
أنواع الغش والتدليس مع الأحكام والتطبيقات

يمكن تقسيم الغش أو التدليس باعتبارات مختلفة إلى عدَّة أقسام فهو باعتبار طرقه ووسائله، إمَّا غش وإما تدليس بالقول، أو بالفعل، أو بالكتمان، وباعتبار غايته إما غش وتدليس في الوصف، أو غش في التسعير، والمدلس إما أن يكون أحد المتعاقدين أو كليهما، أو غيرهما.

قال ابن العربي: «الخديعة قد تكون في العيب أو في الثمن أو في الكذب أو في الغبن»[3]. ونحن هنا نذكر هذه الأقسام مع تطبيقات كل منهما في الشريعة الغراء وهي:

النوع الأول ـ التدليس الفعلي[4]:

نذكر المراد به، ثمَّ تطبيقاته، مع ملخص أحكامه:

أولاً: المراد بالتدليس الفعلي هو أن يتم التدليس في المعقود عليه بتأثير من

---

(١) القوانين الفقهية ص (٢٢٦). وراجع لمذهب أحمد: الشرح الكبير (٤/٨٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٦٧).

(٢) المهذب للشيرازي مع تكملة المجموع للسبكي (١٢/٩٥)؛ وكذلك قال ابن قدامة في المغني (٤/١٥٧ ـ ١٥٨).

(٣) نقله عنه ابن حجر في فتح الباري (٤/٣٣٧ ـ ٣٣٨).

(٤) ذكره بعض الفقهاء بهذا الإسم، وبعضهم سماه بالتغرير الفعلي، ولا فرق بينهما كما سبق. وراجع الإنصاف للمرداوي (٤/٣٩٨ ـ ٣٩٩)؛ والوجيز للغزالي (١/١٤٢)؛ والمصادر السابقة.
وسماه الأستاذ الزرقاء في كتابه، الفقه في ثوبه الجديد، المدخل (١/٤٠٩)، بالتغرير في الوصف، وذكر أنَّ الفقهاء المسلمين عندما سموه بالتغرير الفعلي نظروا إلى الوسيلة التي يتم بها التغرير وهي الفعل، ويريدون به نفس ما أسميناه ـ أي التغرير في الوصف ـ، لأنَّ إيهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصطنعة، ثمَّ قال: ولذلك رجحنا نحن في التسمية والتقسيم النظر إلى الغاية من التغرير لا إلى الوسيلة فقلنا: تغرير في =

المدلس بفعله الإيجابي أو السلبي، وذلك بأن يفعل في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً، مثال الفعل الإيجابي أن يقوم المدلس بشد أخلاف البقرة ليحبس لبنها مثلاً، أو يحبس الماء ثمَّ يطلقه ليراه العاقد الآخر كثيراً. ومثال الفعل السلبي هو أن يترك البقرة لا تحلب فترة كثيرة ليظهر كبر ضبرعها أمام المشتري، قال السبكي في شرح حديث التصرية والمراد بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياماً من غير شد، وليس شد الأخلاف شرطاً بل هو الغالب، وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصداً. ولقد ذكر فقهاؤنا الكرام كثيراً من الأمثلة، قال الحطاب المالكي: «التغرير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد... ومنه صبغ الثوب ليظهر أنَّه جديد... ومنه من ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به، وباعها برقمها، ولم يقل قامت عليَّ بكذا، ثمَّ ذكر خلاف المالكية في أنَّ بعضهم لم يعتبر المسألة الأخيرة تدليساً في حين أن بعضهم قال: إن وقع ـ أي البيع بالرقم الزائد ـ خير فيه بين الرد والأخذ بقيمته[1]، كما مثل المالكية للتدليس الفعلي بتلطيخ ثوب العبد بالمداد أو بيده قلم ومحبرة ليوهم أنَّه قارىء[2].

وقال الغزالي: «وأما التغرير الفعلي فهو أن يصري ضرع الشاة...»[3].

وقال النووي: «التصرية حرام لما فيها من التدليس، ويثبت به الخيار للمشتري... وهذا الخيار غير منوط بالتصرية لذاتها بل لما فيها من التلبيس فيلتحق بها ما يشاركها فيه حتى لو حبس ماء القناة، أوالرحى، ثمَّ أرسله عند البيع أو الإجارة فظن المشتري كثرته، ثمَّ تبيَّن له الحال فله الخيار، وكذا لو حمر وجه الجارية، أو سود شعرها، أو جعَّده، أو أرسل الزنبور على وجهها فظنها المشتري سمينة، ثمَّ بان خلافه فله الخيار»[4].

ثمَّ أورد النووي بعض الأمثلة التي فيها تقصير من المشتري فلا يكون له الخيار

= الوصف، لأنَّه أوضح وأكثر انسجاماً بين الاسم والحكم. لكني أبقيت المصطلح كما هو المذكور في الكتب الفقهية الأصلية حفاظاً على مصطلحات فقهائنا وعدم الخروج عنها إلَّا لمبرر معقول، وفي نظري أنَّ تسميته بالتغرير في الوصف لا تؤدي المعنى المفهوم من التغرير بالفعل، إذ التغرير في الوصف يوهم بأنَّ المراد: ذكر أوصاف كاذبة فيكون تغرير بالقول لا بالفعل.

(١) المواهب الجليل (٤/٤٣٧ ـ ٤٣٨)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١١٦).

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/١١٦).

(٣) الوجيز مع فتح العزيز (٨/٣٣٣).

(٤) الروضة (٣/٤٦٦ ـ ٤٦٩).

فقال: «ولو لطخ ثوب العبد بالمداد، أو ألبسه ثوب الكتاب، أو الخبازين، وخيل كونه كاتباً، أو خبازاً فبان خلافه، أو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها فظنها المشتري حاملاً، أو أرسل الزنبور في ضرعها فانتفخ وظنها لبوناً فلا خيار على الأصح، لتقصير المشتري».

وقال الشيرازي: «إذا ابتاع جارية قد جعد شعرها، ثمَّ بان أنَّها سبطة، أو سود شعرها ثمَّ بان بياض شعرها، أو حمر وجهها، ثمَّ بان صفرة وجهها ثبت له الرد، لأنَّه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية، وإن سبط شعرها، ثمَّ بان أنَّها جعدة ففيه وجهان: أحدهما: لا خيار له، لأنَّ الجعدة أكمل وأكثر ثمناً، والثاني: أنَّه يثبت له الخيار، لأنَّه قد تكون السبطة أحب إليه، وأحسن عنده، وهذا لا يصح، لأنَّه لا اعتبار به، وإنَّما الاعتبار بما يزيد في الثمن والجعدة أكثر ثمناً من السبطة»[1]، فقد أشار بهذه الأمثلة إلى أنَّ التدليس الذي يقتضي الخيار إنَّما يتحقق إذا أدى إلى فوات وصف مرغوب فيه يختلف به الثمن وجوداً وعدماً[2]، كما أشار النووي آنفاً بأمثلته إلى أن ثبوت الخيار إنما يحكم به إذا كان التدليس الفعلي فيه نوع من الدقة والإحكام بحيث لا يكشفه العاقد الآخر من أول نظرة، فعلى هذا إذا كان قد قصر في التعمق فيه فلا يستفيد من الخيار الممنوح لمن دلس فمثلاً تلطيخ ثوب العبد بالمداد للإيهام إلى أنَّه كاتب لا يعتبر تدليساً عند الشافعية ـ وكذلك الحنابلة[3] ـ وإن كان يعتبر تدليساً عند المالكية وحتى تجعيد الشعر إنما يثبت به الخيار إذا كان بشكل يوهم كونه خلقياً بحيث لا يتميز من حيث الظاهر عن تجعيد الخلقة، أما إذا كان التجعيد يسيراً بحيث يظهر لغالب الناس أنَّه غير طبيعي فلا يثبت به الخيار، لأنَّ المشتري قد قصر في حقه، وفرط، أو أنَّه قد كشفه وأدرك الحقيقة لكنه رضي به فلا خيار له[4].

وقال ابن قدامة: «وكل تدليس يختلف الثمن لأجله مثل أن يسود شعر الجارية، أو يجعده، أو يحمر وجهها، أو يضمر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار، لأنَّه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية. . . فإن علف الشاة فملأ خواصرها وظن المشتري أنها حامل، أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوهم أنَّه كاتب، أو حداد، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها

(١) المهذب مع تكملة المجموع (١٢/٩٥).
(٢) يراجع تكملة المجموع لابن السبكي (١٢/٩٨).
(٣) المغني لابن قدامة (٤/١٥٧ ـ ١٥٨).
(٤) تكملة المجموع للسبكي (١٢/٩٦).

كثيرة اللبن لم يكن له خيار، لأنَّ هذا لا يتعين للجهة التي ظنها، فإنَّ امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب، أو غيرهما، وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة، أو لكونه شارعاً في الكتابة، أو غلاماً لكاتب، فحمله على أنَّه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً»[1].

وقال موفق الدين المقدسي: «وكذلك كل مدلس لا يعلم تدليسه فله الرد كجارية حمر وجهها»[2].

وقال العلامة الحلي الإمامي: «التدليس بما يختلف الثمن بسببه يوجد الخيار وإن لم يكن عيباً كتحمير الوجه، ووصل الشعر، والتصرية، وأشباه ذلك لما فيه من الضرر الناشىء بفقد ما ظنه حاصلاً[3].

ومن خلال هذا العرض الموجز لهذه الأمثلة التي ذكرها الفقهاء تبين لنا أنَّ خيار التدليس أعم من خيار العيب، إذ قد يكون التدليس بشيء لا يعتبر عيباً لكنه شيء مقصود للمشتري ـ مثلاً ـ فيزيد به الثمن، فالمعيار في ذلك كون التدليس بشيء يختلف الثمن باختلافه، فعدم جعودة الشعر ليس عيباً لكن وجودها مما يرغب العاقد على الشراء ويزداد به الثمن وهكذا حسب العرف، كما نأخذ من هذه النصوص أنَّ الفقهاء اشترطوا كون وسيلة التدليس تنطوي على نوع من الدهاء والدقة بحيث لا تكون مفضوحة، أو مكشوفة، أو بعبارة أخرى تحقق للعاقد الآخر ظنه الغالب بوجود الصفة الموهومة في المعقود عليه، غير أن نظر الفقهاء في تقدير ذلك يختلف، مثلاً فالشافعية والحنابلة لم يعدوا وجود تلون ثوب العبد بالمداد تدليساً بكونه كاتباً، إذ أنَّ هذه العلامة غير كافية لتحقيق التدليس، لأنَّها غير متعبنة في الدلالة على الصفة المقصودة، إذ يمكن أن يكون سواد ثيابها بالمداد نتيجة لكونه يصنع المداد، أو يشتغل مع كاتب فيناوله، وقد صرح الشافعية ـ كما سبق ـ بأن تكون وسيلة التدليس بشكل لا يكون معروفاً للإنسان العادي فقالوا في صبغ الشعر يجب أن يكون بشكل لا يحس به غالب الناس، فعلى هذا نكيف عدم قبول مثل ذلك تدليساً على أنَّ الحاكم يفرض نتيجة لسهولة وسيلة الحيلة كون المدلس عليه عالماً بالتدليس في وقت العقد، ثمَّ يتشبث به بعد العقد لحاجة في نفسه، فعلى هذا نرفض دعواه حتى لا يؤدي إلى اضطراب في

---

(١) المغني لابن قدامة (١٥٧/٤ ـ ١٥٨).

(٢) العمدة مع شرحها العدة ص (٢٣١).

(٣) تذكرة الفقهاء (٣٥٢/٧).

التعاقد والقلقلة وعدم الاستقرار، وهذا شيء يستحق الترجيح. في حين أنَّ مذهب مالك قد نظر إلى التدليس نفسه فما دام قد حقق للعاقد عموماً الظن بوجود صفة مطلوبة في المعقود عليه، وهي غير موجودة، فله حق الخيار، وأياً ما كان فالجميع متفقون على أنَّ العاقد المدلس عليه إنما يكون له حق الخيار إذا أثبت أنَّه لم يكن على علم بالتدليس أو بعدم وجود هذه الصفة أثناء العقد، كما أنَّهم متفقون على أنَّ التدليس لا بدَّ وأن يكون بشيء يختلف الثمن باختلافه، وأن يكون هو الدافع وراء عملية التعاقد نفسه، أو على الأقل وراء إتمامه بالشكل الذي تمَّ عليه أي لولاه لما تعاقد أو لما دفع فيه ما دفع.

ثانياً: تطبيقات التدليس الفعلي مع أحكامه:

لقد ذكرت كتب السنّة والفقه كثيراً من التطبيقات للتدليس الفعلي نذكر هنا أهمها وهو: التصرية التي وردت في عصر الرسول ﷺ وبين حكمها، فنذكرها هنا مع اجتهادات الفقهاء وما ألحق بها مما هو شبيه بها.

فالتصرية لغة مصدر: «صرى يصري تصرية» من: «صرى» أي آخره يائي ناقص بمعنى الحبس عند جمهور أهل اللغة، وقال بعضهم: من «صرر» أي المضاعف بمعنى الربط، فعلى هذا فالجمهور على أنَّ التصرية في أصل اللغة حبس الماء بسد مجراه، ثمَّ شاع استعمالها في حبس اللبن في الضرع، فيقال: صريت ـ بتشديد الراء وتخفيفها ـ الناقة أي حفلتها، والمصراة اسم مفعول هي الناقة، أو البقرة، أو الشاة التي يحبس اللبن في ضرعها[1]، ولا يكاد المعنى الفقهي يختلف عن معناها اللغوي الشائع وهو حبس لبن الحيوان في ضرعه ليكبر، ويظن المشتري أنَّه كثير اللبن فيرغب في شرائه بزيادة[2]. قال الشافعي: «التصرية: أن تربط أخلاف الناقة، أو الشاة، ثمَّ تترك

---

(١) يراجع: القاموس المحيط (٤/٣٥٤)؛ والمصباح المنير (١/٣٦٣).
وقد ذكر البخاري معناها اللغوي في صحيحه مع الفتح الباري (٤/٣٦٢)، وقد أفاض في معناها اللغوي العلامة السبكي في تكملة المجموع (١٢/١١ ـ ١٤).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك لدى الفقهاء: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/٤٤)؛ والكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١١٥)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/١٣٣)؛ ومواهب الجليل (٤/٤٣٧)؛ والأم (٣/٥٩)؛ والمختصر للمزني (٢/١٨٤)؛ والمهذب (١/٢٨٢)؛ وتكملة المجموع (١٢/٢)؛ والغاية القصوى (١/٤٧٨)؛ والروضة (٣/٤٦٦)؛ وتحفة المحتاج على المنهاج (٤/٣٨٩)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٢٠٩)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٤٩)؛ والروض المربع على الزاد المستقنع =

من الحلاب اليوم واليومين، والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيراً فيزيد في ثمنها لذلك، ثمَّ إذا حلبها بعد تلك الحلبة أو اثنتين عرف أنَّ ذلك ليس بلبنها لنقصانه كل يوم عن أوله، وهذا غرور للمشتري»[1]، ثمَّ إنَّ قول الشافعي: «أن تربط أخلاف...»، ليس للحصر في الربط والشد، بل لكونه هو الغالب قال ابن الرفعة: «وليس شد الأخلاف شرطاً بل هو الغالب، وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصداً»[2]. وهذا ما ذكره الترمذي بقوله: «المصراة هي أن لا يحلبها صاحبها أياماً، أو نحو ذلك ليجتمع اللبن في ضرعها فيغتر بها المشتري»[3] وقال العلامة الدردير: في تعريفه بالتصرية: «هي ترك حلبها ليعظم ضرعها فيظن به كثرة اللبن»[4].

حكم التصرية:

لا خلاف بين الفقهاء[5] في حرمة التصرية لما فيها من إضرار بالغير بطرق غير مشروعة قائمة على الغش والخداع استناداً على الأحاديث الصحيحة الواردة في النهي عنها فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما، وأصحاب السنن وغيرهم بسندهم أنَّ النبي ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[6]. وفي رواية صحيحة لمسلم عن أبي هريرة أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن التصرية[7] ولا يخفى أنَّ النهي حقيقة

= (٤/٤٣٩)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٣٠)؛ والإفصاح لابن هبيرة، ط. المؤسسة السعيدية بالرياض ص (٣٤٥)؛ والروض النضير شرح مجموع الأكبر (٣/٤٩٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٧٢٠)؛ وتذكرة الفقهاء للحلي (٧/٣٦٣)؛ وشرائع الإسلام (١/١٧٦)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٧٣).

(١) المختصر للمزني (٢/١٨٤)؛ والأم (٣/٥٩).

(٢) تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢٩).

(٣) سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/٤٨٧).

(٤) الشرح الكبير مع الدسوقي (١٣/١١٥).

(٥) المصادر الفقهية السابقة جميعها.

(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٦١)؛ ومسلم، كتاب البيوع (٣/١١٥٥)؛ وسنن أبي داود مع العون (٩/٣١١)؛ والنسائي (٧/٢٢٢ - ٢٢٣)؛ والترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/٤٥٦)؛ وابن ماجه (٢/٧٥٣).

ويراجع تلخيص الحبير (٣/٢٣)؛ والأم (٣/٥٩ - ٦١)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٧٢).

(٧) صحيح مسلم، كتاب البيوع (٣/١١٥٥)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٥/٣١٧).

فـي التحريم ما لم يمنعه صارف ولا صارف هنا قال الترمذي: «والعمل على هذا ـ أي حرمة التصرية ـ عند أهل العلم. . .»[1]. وقال ابن هبيرة[2] وأبو عبدالله الدمشقي الشافعي:[3] «واتفقوا على أنّه لا يجوز تصرية الإبل والبقر والغنم للبيع تدليساً على المشتري» وقال السبكي «لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة ـ والخداع محرم في الشريعة قطعاً ـ. . . . ولما فيها من الإضرار بالمشتري»[4]. كما أنّه لا خلاف في صحة هذا العقد مع كونه حراماً[5]، للحديث المذكور الذي لم يحكم عليه بالبطلان بل أعطاه حق الخيار فقال: «فهـو بخير النظرين»[6]، وإنما الخلاف في إثبات الخيار بالتصـرية حيث ذهب الجمهـور: ـ المـالكية[7] والشـافعية[8] والحنـابلة[9] والظاهـرية[10] والـزيديـة[11] والإمـاميـة[12] والـهـادويـة[13] وأبـو يـوسف وزفـر مـن الحـنـفـيـة[14] وابـن أبـي لـيـلى، وإسحاق، وهو المروي عن ابن مسعود، وابن عمر وأبي هريرة، وأنس، وعليه عامة أهل العلم[15] إلى إثبات الخيار فيها بين الإمساك، والرد، غيـر أنّ طبيعة الـرد

---

(١) سنن الترمذي مع التحفة (٤/٤٨٧).

(٢) الإفصاح ص (٣٤٥).

(٣) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (١٣٩).

(٤) تكملة المجموع (١٢/٣١).

(٥) وذلك لأنَّ الحرمة تعتمد على الأمر الباطني الذي قام به الغاش، وهو النية السيئة التي نفذها إلى الواقع بتصريته. وأمَّا الصحة فهي تعتمد على تحقق الأركان والشروط في العقد فههنا تحققت هذه الأمور فيكون العقد صحيحاً، غير أنَّ الفقه الإسلامي أعطى الطرف المتضرر حق الخيار ليرفع عن نفسه الحيف الذي لحقه.

(٦) جزء من الحديث السابق الصحيح.

(٧) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/١١٥)؛ والكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧)؛ وشرح الخرشي، (٥/١٣٣). وقد ذكر رواية ضعيفة لمالك بأنّه يقول: لا يثبت له الخيار.

(٨) الأم (٣/٥٩)؛ والمختصر للمزني (٢/١٨٤)؛ وتكملة المجموع (١٢/٤).

(٩) المغني لابن قدامة (٤/١٤٩)؛ والإفصاح لابن هبيرة ص (٣٤٥).

(١٠) المحلى لابن حزم (٩/٧٢٠).

(١١) الروض النضير (٣/٤٩٥).

(١٢) تذكرة الفقهاء للحلي (٧/٣٦٣).

(١٣) نيل الأوطار (٦/٣٧٣).

(١٤) رد المحتار على الدر المختار (٥/٤٤).

(١٥) المغني لابن قدامة (٤/١٥٠)، بل لقد ادَّعى ابن المنذر الإجماع فقال: «وأجمعوا على أنَّ من =

في بيع المصراة تختلف عن الرد في غيرها مما ثبت فيه الخيار كخيار العيب، ونحوه، حتى عن خيار التدليس في غير المصراة، وذلك أنَّ مشتري المصراة إذا اختار الرد يعطي مع رد المصراة صاعاً من تمر في مقابل اللبن الذي يحصل عليه ـ على التفصيل الآتي ـ وأما المشتري في بقية الخيارات فلا يرد شيئاً فيما إذا اختار الرد.

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنَّ التصرية لا توجب الخيار[1]. فعلى هذا إذا اشترى المصراة ثمَّ حلبها فانكشف له أنَّها مصراة، وأنَّ لبنها قليل، فليس له أن يردها عندهما. وهل يرجع المشتري على البائع بالنقصان؟ فيه خلاف في النقل عنهما.

فعلى رواية الطحاوي: له ذلك، وعلى رواية غيره: ليس له ذلك وقد اختار بعض فقهائهم الرواية الأولى[2].

الأدلة والمناقشة، والترجيح:

استدل الجمهور بالحديث الصحيح المتفق عليه الذي رواه الأئمة الثقات بسندهم أنَّ النبي ﷺ قال: لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها[3]، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[4]، ورواه مسلم وأصحاب السنَن أيضاً بلفظ: «من اشترى مصراة فهو منها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ومعها صاعاً من تمر لا سمراء»[5]. ورواه البخاري وأبو

= حلب المصراة فهو بالخيار إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر، وانفرد أبو يوسف وابن أبي ليلى فقالا: يردها مع قيمة اللبن، وشذ النعمان فقال: ليس له ردها ولا يستطيع رد ما أخذ منها». انظر: الإجماع لابن المنذر، تحقيق د. عبد القادر شن أر، ط. انقره ١٩٨٣ ص (٩٢).

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المحتار (٥/٤٤).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/٩٦).

(٣) قوله ﷺ: «بعد أن يحلبها» ليس قيداً احترازياً دالاً بمفهومه على أنَّه لا يثبت الخيار قبل الحلب، بل هو قيد ذكر لبيان الغالب، حيث لا تعرف التصرية، والتدليس إلاَّ بعد حلبها، وإلاَّ لو ثبت له التصرية مثل أن يقر المدلس نفسه بها، أو شهد بها من تقبل شهادته كان له أن يردها حتى قبل الحلب.

انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري (٤/٣٦٢)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٧٣)؛ والروضة (٣/٤٦٧)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٥٣).

(٤) سبق تخريجه آنفاً.

(٥) صحيح مسلم (٣/١١٥٨)؛ والسنن السابقة.

داود أيضاً بلفظ يدل على أنَّ الصاع من التمر في مقابلة اللبن، وهو «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر»[1]. فهذه الأحاديث الصحيحة لها طرق وأسانيد كثيرة، رواها أئمة أثبات ثقات عن ثقات قال ابن حزم: «ثمَّ رواها عنهم من لا يحصيهم إلَّا الله عزَّ وجل فصار نقل كافة وتواتر لا يرده إلَّا محروم غير موفق»[2]. وقال العلامة السبكي: «أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته»[3]، ثمَّ إنَّ هذه النصوص الصحيحة صريحة في الدلالة على إثبات الخيار، فلا غموض فيها ولا لبس بحيث لا تقبل التأويل قال ابن عبد البر: «وحديث المصراة أصل في النهي عن الغش، وأصل في ثبوت الخيار لمن دلس عليه بعيب، وأصل في أنَّه لا يفسد أصل البيع بالتدليس، وأصل في أنَّ مدة الخيار ثلاثة أيام، وأصل في تحريم التصرية وثبوت الخيار بها»[4].

وقد استدل الجمهور ـ بالإضافة إلى هذا الحديث الصحيح الدال على المقصود بأوضح عبارة ـ بإجماع الصحابة حيث أفتى بإثبات الخيار في التصرية أبو هريرة، وابن مسعود، ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة فيكون إجماعاً قال الحافظ ابن حجر: «وقد أخذ بظاهر الحديث جمهور أهل العلم، وأفتى به ابن مسعود، وأبو هريرة ولا مخالف لهم من الصحابة، وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يحصى عددهم»[5].

وأيضاً أنَّ التصرية لا ينكرها أحد بأنَّها غش وتدليس، وقد نطق بذلك الرسول ﷺ فقال: «التصرية خلابة» ـ أي خدعة ـ رواه ابن أبي شيبة بسندٍ صحيح[6]. وعند أحمد، والبيهقي وابن ماجة بلفظ «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم»[7]. فما دامت

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٣٦٨/٤)؛ وسنن أبي داود مع العون (٣١١/٩).

(٢) المحلى لابن حزم (٧٢٢/٩).

(٣) تكملة المجموع للشبكي (٧/١٢).

(٤) نقله عنه الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٣٦٧/٤). ويراجع نيل الأوطار (٣٧٩/٦)؛ وتكملة المجموع (٧/١٢).

(٥) فتح الباري (٣٦٤/٤).

(٦) هذا ما حكم عليه بالصحة الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٣٦٧/٤).

(٧) مسند أحمد (٤٣٣/١)؛ وسنن ابن ماجه (٧٥٣/٢)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٣١٧/٥)، فقد روى البيهقي في السنن الكبرى (٣١٧/٥) بسنده عن عبدالله بن مسعود قال: أشهد على الصادق المصدوق أبي القاسم ﷺ: أنَّه قال: بيع المحفلات خلابة، ولا تحل خلابة لمسلم. قال البيهقي وروى بإسناد صحيح عن ابن مسعود موقوفاً.

التصرية خدعة وغشاً فيثبت بها الخيار، لأنَّ الرضاء لم يتحقق كاملاً، وذلك لأنَّ البائع قد موَّه الحقيقة عن المشتري فلم يدرك المعقود عليه على حقيقته فلا بدَّ أن يعطي له الخيار ليتدارك ما فاته بحيث إن رضي به على حقيقته التي انكشفت له فقد تمَّ رضاه وإلَّا فسيرده على المشتري، ومن جهة أخرى أنَّ التصرية تؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل ودون الرضا الكامل وذلك، لأنَّ المشتري لما أقدم على شراء المصراة بهذا الثمن إلَّا لأجل كونها كثيرة الحلب، فلو لم تكن هذه الصفة المظنونة متوقعة له لما أقدم على التعاقد أو لما اشترى بهذا الثمن فلم يتحقق الرضا بالتعاقد أو لم يتم الرضا بالثمن الزائد فيكون ذلك مؤدياً إلى الإضرار بالغير وقد قال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1]، قال ابن قدامة: «. . . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعرها»[2].

وقد استدل أبو حنيفة ومحمد بأنَّ التصرية ليست تدليساً بالعيب فلا يثبت بها الخيار بدليل أنَّه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها، وكما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل.

وقد حاولا الإجابة عن حديث المصراة الذي هو عمدة أدلة الجمهور بما يلي: -

أولاً: أنَّه خبر الواحد يخالف الأصل والقاعدة العامة والقياس من الأصول العامة من عدَّة وجوه وما كان كذلك لم يلزم العمل به، لأنَّ الأصول العامة مقطوع بها، وخبر الواحد مظنون، والظن لا يعارض القطعي وتلك الوجوه التي خالف فيها خبر الواحد قياس الأصول العامة في نظرهما هي:[3].

الوجه الأول: أنَّ حديث المصراة أوجب غرم اللبن مع إمكان رده في حين أنَّ القاعدة العامة هي إنما نلجأ إلى قيمته إذا كان رده غير ممكن.

الوجه الثاني: أنَّه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله مع أنَّ القاعدة العامة هي إنما نلجأ من إلى غرم قيمة الشيء إذا لم يكن للشيء مثل في حين أنَّ اللبن له مثل فكان من مقتضى ذلك أن يرد اللبن لاصاعاً من التمر كما يقتضيه الحديث.

---

(١) رواه ابن ماجه بسنده في سننه (٢/٧٨٤).

(٢) المغني (٤/١٥٠).

(٣) انظر في بيان هذه الأدلة: حاشية ابن عابدين (٥/٤٤).

هذا وقد ذكر العلامة السبكي في تكملة المجموع هذه الوجوه ثمَّ ردَّ عليها وكذلك فعل ابن القيم في أعلام الموقعين (٢/٣٨ ـ ٤٠). وراجع تكملة المجموع (١٢/٢١ ـ ٢٨).

الوجه الثالث: أنَّ الحديث جعل القيمة تمراً في حين أنَّ القاعدة العامة تقضي أن تكون القيمة بالنقود ـ أي الذهب والفضة.

الوجه الرابع: أنَّه جعل قيمة اللبن مقدرة بصاع من تمر لا يزيد ولا ينقص حسب كمية اللبن، مع أنَّ القاعدة العامة في الضمان هي أنَّه يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان.

الوجه الخامس: أنَّ اللبن إن كان موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه، وذلك يمنع الرد وإن كان اللبن حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه، وإن كان مختلطاً فما كان موجوداً منع الرد، وما حدث لم يجب ضمانه.

الوجه السادس: أنَّ الحديث قد حدد الخيار بثلاثة أيام من غير شرط مع أنَّ القاعدة العامة في الخيارات أنها تكون فورية.

الوجه السابع: أنَّه يلزم من العمل بظاهر حديث المصراة الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور وهي ما إذا كانت الشاة رخيصة، والتمر غالياً بحيث تكون قيمة الشاة صاعاً من تمر، ففي هذا المثال ترجع الشاة المصراة مع الصاع إلى البائع فيكون قد اجتمع الثمن والمثمن عنده، وهذا خلاف ما تقتضي به القواعد العامة في أنَّه لا يجتمع الثمن والمثمن عند أحد العاقدين.

الوجه الثامن: أنه يؤدي في بعض تطبيقاته إلى الربا وهو ما إذا اشترى شاة مصراة بصاع من تمر فإذا استرد معها صاعاً منه فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن فيكون قد باع شاة وصاعاً بصاع وذلك خلاف قاعدة الربا عند الجمهور حيث يمنعون مثل ذلك.

الوجه التاسع: أنَّه أثبت الرد من غير عيب، ولا شرط، لأنَّ نقصان اللبن ليس بعيب فلا يوجب الرد.

الوجه العاشر: أنَّ اللبن كالحمل لا يأخذ قسطاً من الثمن، وإلَّا لجاز إفراده بالعقد كالثمن، وإذا لم يأخذ قسطاً من الثمن لا يضمن.

ثانياً: إنَّ حديث المصراة يعارض الأصل الثابت بحديث: «الخراج بالضمان»[1]، الذي يقضي بأنَّه ما دام المشتري يكون ضامناً للمبيع أثناء وجوده معه،

---

(١) الحديث صحيح رواه أحمد في مسنده (٦/٤٩، ٢٠٨، ٢٣٧). والترمذي في سننه مع التحفة (٤/٥٠٧)؛ والنسائي في سننه (٧/٢٢٣)؛ وابن ماجه في سننه (٢/٧٥٤)؛ وأبو داود في سننه مع =

وأنَّ عليه نفقته فيكون له ثمرته وفوائده طوال ذلك الوقت، في حين أنَّ حديث التصرية يقضي بأن يرد المشتري اللبن الذي تحقق أثناء وجود المصراة عنده، فلم يكن الخراج بالضمان فتعارضا فرجحا حديث الخراج بالضمان على حديث التصرية لكونه موافقاً للأصل والقاعدة العامة.

ثالثاً: إنَّ حديث المصراة منسوخ بحديث: «الخراج بالضمان».

وقد أجاب الجمهور عن أدلة الحنفية بأنّه لا نسلم أنَّ التصرية ليست تدليساً بالعيب، بل هي تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد، ثمَّ إنَّ كثرة اللبن صفة مطلوبة للمشتري وقد أظهر لها البائع بصورة تنطق بأنَّها كثيرة اللبن فتكون كالمشروط قولاً، فكأنَّه قال: بعت لك شاة كثيرة اللبن، والمشتري قد اشتراها على هذا الأساس، فحينما تظهر الحقيقة يظهر أنَّ هذا الشرط المطلوب لم يتحقق فيكون له الخيار، ثمَّ إنَّ التصرية كتسويد شعر جارية شمطاء حيث يثبت لمشتريها الخيار بعد كشف حقيقتها، فلماذا لا يثبت بالتصرية الخيار، ثمَّ إنَّ قياس التصرية على انتفاخ البطن بالعلف الذي لا يثبت به الخيار قياس مع الفارق حيث إنَّ العلف أمر طبيعي

= العون (٩/٤١٥، ٤١٧، ٤١٨).

قال الترمذي في سننه (٤/٥٠٨): «وهذا حديث صحيح، وتفسير الخراج بالضمان هو الرجل الذي يشتري العبد فيستغله ثمَّ يجد به عيباً فيرده على البائع فالغلة للمشتري، لأنَّ العبد لو هلك هلك من مال المشتري.... والعمل على هذا عند أهل العلم».

وقال المباركفوري في تحفة الأحوذي (٤/٥٠٧) في شرح هذا الحديث: «أي منافع المبيع بعد القبض تبقى للمشتري في مقابلة الضمان اللازم عليه بتلف المبيع، ونفقته، ومؤنته، والمراد بالخراج ما يحصل من غلة العين المبتاعة... وذلك أن يشتريها فيستغلها زماناً، ثمَّ يعثر منه على عيب قديم لم يطلعه البائع عليه، أو لم يعرفه فله رد العين المعيبة، وأخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله، لأنَّ المبيع لو تلف في يده لكان في ضمانه، ولم يكن له على البائع شيء».

وراجع تلخيص الحبير (٣/٢٣)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٧١). هذا وقد روى البيهقي بسنده عن مخلد بن خفاف قال: كان بيني وبين شركائي عبد فاقتويناه ـ أي استخدمناه ـ فيما بيننا قال: وكان منهم غائب فقدم فخاصمنا إلى هشام فقضى برد العبد وخراجه، وقد كان قد اجتمع من خراجه ألف درهم. قال: فأتيت عروة فأخبرته، فأخبرني عن عائشة أنَّ رسول الله ﷺ قضى بالخراج بالضمان. قال: فأتيت هشاماً فأخبرته فرد ذلك وأجازه. وفي رواية أخرى قال: خاصمت إلى عمر بن عبد العزيز في عبد دلس لنا فأصبنا من غلته، وعنده عروة بن الزبير فحدثه عن عائشة أنَّ رسول الله ﷺ قضى بالخراج بالضمان. يراجع السنن الكبرى، للبيهقي (٥/٣٢١).

للحيوان وليس للبائع سبيل في انتفاخ بطنه به، كما أنَّ الإنسان العادي العاقل يميز بينه وبين الانتفاخ للحمل فلا يتحقق فيه تدليس، أما التصرية فأمر دقيق وتدليس خفي لا يدرك إلَّا بعد حلبها، مع أنَّ الثمن يختلف بكثرة اللبن أو عدمها قال ابن قدامة: «وقياسهم يبطل بتسويد الشعر، فإنَّ بياضه ليس بعيب كالكبر وإذا دلسه ثبت له الخيار»[1]، أي إنَّه لا نسلم حصر الحنفية الرد بوجود عيب، إذ أنَّ بياض الشعر لا يعتبر عيباً مع أنَّه يثبت به الخيار، ثمَّ إنَّ المراد بالعيب حتى عند الحنفية هو ما ينقص الثمن ولو يسيراً عند التجار[2]. فعلى هذا فقلة اللبن عيب إذ بها ينقص الثمن عند التجار.

ثمَّ أجاب الجمهورعن الانتقادات التي وجهها أبو حنيفة ومحمد إلى الاستدلال بحديث المصراة فقالوا:

أولاً: إنَّ قولهما بأنَّ حديث المصراة يخالف الأصل، والقياس من القواعد العامة مرفوض لا يقبل لعدة وجوه:

أولاً: إنَّ حديث المصراة يكاد يصل إلى درجة المتواتر لكثرة طرقه ورواته كما قال ابن حزم[3] والسبكي[4]، حتى لو سلمنا بأنَّه خبر الواحد فهو مقدم على القياس والقواعد العامة، فخبر الواحد باعتباره من السنة مقدم عليهما، وأنَّ منزلته قبل منزلة القياس، فكيف يعارض الأقوى بالأدنى؟ بل إنَّ مصادر الشرع الأصلية هي الكتاب والسنة، وما القياس إلَّا فرع انبثق منهما وثبت بهما فكيف يرد الأصل بالفرع؟ قال الإمام أحمد: «إنَّما القياس أن نقيس على أصل، فأمَّا أن تجيء إلى الأصل فتهدمه ثمَّ تقيس، فعلى أي شيء تقيس؟»[5]. قال ابن السمعاني: «متى ثبت الخبر صار أصلاً من الأصول ولا يحتاج إلى عرضه على أصل آخر... ولا يرد الخبر بالقياس باتفاق، فالسنة مقدمة عليه بلا خلاف»[6].

ولو سلم جدلاً أنَّ القياس أصل في حد ذاته، فما المانع من تخصيصه بالحديث الصحيح المشهور؟[7]. وكذلك الأمر بالنسبة للأصول العامة فهي كلها مخصصة

(١) المغني لابن قدامة (٤/١٥٠).
(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/٥).
(٣) المحلى لابن حزم (٩/٧٢٢).
(٤) تكملة المجموع (١٢/٧).
(٥) أعلام الموقعين (٢/٣٣٠).
(٦) فتح الباري (٤/٣٦٦).
(٧) نيل الأوطار (٦/٣٧٧).

بحديث المصراة، قال ابن القيم: «قال أنصار الحديث: كل ما ذكرتموه - أي أبو حنيفة ومحمد - خطأ، والحديث موافق لأصول الشريعة وقواعدها، ولو خالفها فكان أصلاً بنفسه، كما أنَّ غيره أصل بنفسه، وأصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض. . . بل يجب اتباعها كلها، ويقر كل منها على أصله وموضعه فإنها كلها من عند الله الذي أتقن شرعه وخلقه»(١).

ثانياً: إنَّ الحديث لا يخالف الأصول العامة نفسها، وإنَّما يخالف قياس الأصول، وهذا يترك بخبر الواحد، لأنَّه أقوى منه وقد ترك أبو حنيفة ومحمد كثيراً من مقتضيات قياس الأصول بخبر الواحد(٢).

ثالثاً: إنَّ أبا حنيفة نفسه قد ترك الأصول العامة لخبر الواحد الذي يقل عن حديث المصراة من حيث السند بكثير. قال ابن حزم: «وإنما المخالف للأصول قولكم في الوضوء من القهقهة في الصلاة خاصة، وقولكم بأنَّ القلس لا ينقض الوضوء أصلاً إلَّا إذا كان ملء الفم»(٣). وقال السبكي: «إنَّ القياس أن الأكل ناسياً يفطر ولكن ترك - أي أبو حنيفة - القياس بخبر «أطعمه الله وسقاه»(٤). . . . وقبل خبر زاد أن في إبطال طهارة المصلي بالقهقهة مع أنَّه مخالف لقياس الأصول»(٥).

رابعاً: لا نسلم أنَّ الأصول العامة التي ذكراها مقطوع بها، لأنَّ الأصول المقطوع بها هي نص الكتاب، والتواتر، والإجماع أمَّا القواعد العامة التي تستنبط من الشرع فلا تكون قطعية(٦).

خامساً: لا نسلم أنَّ حديث المصراة مخالف للأصول العامة وذلك لأنَّ تضمين اللبن بالتمر لا يخرج عن الأصل ومقتضى العدل، حيث إنَّه تعذر في التصرية تضمينه

---

(١) أعلام الموقعين (٢/٣٨).

(٢) تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢٢ - ٢٣).

(٣) المحلى (٩/٧٢٤).

(٤) الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من نسي وهو صائم فأكل، أو شرب فليتم صومه فإنَّما أطعمه الله وسقاه».

انظر صحيح البخاري مع الفتح (٤/١٥٥)؛ ومسلم (٢/٨٠٩)؛ ومسند أحمد (٢/٣٩٥)؛ والترمذي مع التحفة (٣/٤١١)؛ وابن ماجه (١/٥٣٥)؛ والدارمي (١/٣٤٦).

(٥) تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢٢ - ٢٣).

(٦) تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢٣).

بمثله البتة، فإنَّ اللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد، فإذا حلب صار عرضة لفساده بحمضه وتغيره، فلو ضمن اللبن الذي كان في الضرع بلبن محلوب في الإناء كان ظلماً لا يقره الشرع الشريف، ومن جهة ثانية أنَّ اللبن الحادث بعد العقد قد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري، فقد يكون أقل منه، أو أكثر فيفضي إلى الربا، ولو وكلناه إلى تقديرهما لأدَّى إلى النزاع والخصام بينهما، أو إلى أحدهما لربما يحيف بصاحبه فلا يرضى به، لذلك كله قطع الرسول ﷺ النزاع وقدره بحد لا يتعديانه، فكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن، حيث إنَّه كان قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتاً لهم، وأنَّ كلاً منهما مكيل، ويقتات به بلا صنعة، ولا علاج بخلاف الحنطة والشعير. وهنا يثور السؤال: هل أنَّ هذا يعني أنَّه إذا لم يكن التمر قوتاً لأهل بلد يكون الرد صاعاً من قوتهم؟ قال ابن القيم: «هذا من مسائل النزاع، وموارد الاجتهاد، فمن الناس من يوجب التمر مطلقاً ومنهم من يوجب في كل بلد صاعاً من قوتهم، ونظير هذا تعيينه ﷺ الأصناف الخمسة في زكاة الفطر، وأنَّ كل بلد يخرجون من قوتهم مقدار الصاع، وهذا أرجح وأقرب إلى قواعد الشرع...»(١)، ثمَّ إننا لا نسلم أنَّ ضمان المثليات بالمثل والمتقومات بالقيمة على الإطلاق بدليل أنَّ الحر يضمن في ديته بالإبل وهي ليست مثلاً ولا قيمة، وأنَّ من أتلف شاة لبوناً كان عليه قيمتها، ولا يجعل بإزاء لبنها آخر لتعذر المماثلة، هذا بإيجاز، وإذا أردنا أن نفصل الجواب، عن الوجوه العشرة التي ذكرت على أنَّها يخالف فيها الحديث الأصول العامة فنقول:

أما وجه الأول ـ أي غرم القيمة مع إمكان الرد ـ فيعود سبب ذلك إلى أن رد اللبن في التصرية غير ممكن لثلاثة أسباب: أحدها: نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث، وثانيها: أنَّ لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه.

وثالثها: أنَّ اللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد، فإذا حلب صار عرضة لحمضه وفساده، فلو ضمن اللبن الذي كان في ضرع المصراة بلبن محلوب في الإناء كان ظلماً فتنزه الشريعة عنه، فثبت إذن أن تضمينه لغير جنسه في غاية العدل ومقتضى العقل السليم والقياس المستقيم(٢).

أما الجواب عن الوجوه: الثاني، والثالث، والرابع ـ أي غرامة القيمة مع وجود

---

(١) أعلام الموقعين (٢/ ٣٩)؛ ويراجع فتح الباري (٤/ ٣٦٦).

(٢) أعلام الموقعين (٢/ ٣٩).

المثل، وكونه تمراً، وكونه مقدراً مع اختلاف قدره ـ فهو أنَّ مجهول القدر والوصف جاز الرجوع فيه إلى بدل مقدر في الشرع من غير مثل ولا تقويم وقد وجد ذلك في مواضع وله تطبيقات كثيرة منها الحر يضمن بمائة من الإبل، ومنها: أنَّ الجنين يضمن بالغرة ويستوي فيه الذكر والأنثى مع أنَّ القاعدة العامة على قولهم تقتضي التفرقة، ومنها: أنَّ الضمان في الشجاج كالموضحة ونحوه قد قدَّره الشرع بدية مقدرة محددة على الرغم من اختلاف الشجة بالصغر والكبر. ومنها: جزاء الصيد في الحرم فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل، أو القيمة فمثلاً فجزاء النعامة هو بدنة من الإبل بالاتفاق[1] مع أنَّ البدنة ليست مثلاً لها ولا قيمة، فإذا اتبعنا موارد الشرع في الضمان نجد أنَّه ليس من شروط الضمان أن يكون بالمثل، أو القيمة من النقدين، ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل، بل إنَّ من محاسن الشريعة الغراء العدول عن الأمور التي لا تنضبط إلى شيء مقدر محدود، قطعاً للخصومة والتشاجر والنزاع[2]، إذن فتقدير الضمان بالتمر في حديث المصراة ماض على هذه القاعدة، ولا سيما أنَّ التمر كان غالب أقواتهم، كما قدرت الدية بالإبل، لأنَّها كانت غالب أموالهم[3].

وأما الجواب عن الوجه الخامس ـ أي إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري من النقص ـ فمن طريقين: أحدهما: أنَّ النقص حادث في اللبن دون الشاة، والمشتري إنَّما يرد الشاة دون اللبن، والثاني: أنَّ النقص الحادث الذي لا يتوصل إلى معرفة العيب إلاَّ به لا يمنع من الرد، كالذي يكون مأكوله في جوفه إذا كسر[4].

وأما الجواب عن الوجه السادس ـ تحديد الخيار بثلاثة أيام لا الفورية ـ فهو أنَّ الغالب أنَّ هذه المدة هي المدة التي يتبين بها لبن الحلب المجتمع بأصل الخلقة، واللبن المجتمع بالتدليس، فاليوم الأول الذي يحلب فيه المشتري الشاة المصراة لا يتبين له شيء لأنَّه يرى حليباً كثيراً، ثمَّ اليوم الثاني لما يحلبها يجد لبناً قليلاً لكنه لا يكون دليلاً على التصرية بل قد يكون السبب من قلَّة علفها، أو سبب عرضي آخر،

---

(١) انظر: فتح القدير مع شرح العناية (٢/٢٦٠)؛ والغاية القصوى (١/٤٥٢).

(٢) قال ابن القيم: «فلو وكلناه إلى تقديرهما، أو تقدير أحدهما لكثر النزاع والخصام بينهما ففصل الشارع الحكيم صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله النزاع وقدره بحد لا يتعديانه قطعاً للخصومة، وفصلاً للمنازعة» أعلام الموقعين (٢/٣٩ ـ ٤٠).

(٣) تكملة المجموع للعلامة السبكي (١٢/٢٣ ـ ٢٤).

(٤) المصدر السابق (١٢/٢٤).

لكنه لما يحلبها في اليوم الثالث يتأكد له ذلك ويعلـم أنَّ اللبن الكثير في اليوم الأول كان نتيجة تدليس عمله البائع، هذا هو الغالب، ومبنى هذه الأمور على الغالب إذن فطبيعة التصرية والوصول إلى الحقيقة هي التي فرضت أن يكون الخيار ثلاثة أيام فجاء الشرع مؤكداً هذه الحقيقة، ثمَّ لنا أن نتساءل: بأي شيء ثبتت فورية بقية الخيارات؟ فالجواب لا يكون إلَّا أن يقال: ثبتت بالشرع، إذن فالشرع نفسه هو الذي جعل خيار التصرية ثلاثة أيام.

وأما الجواب عن الوجه السابع ـ أي لزوم الجمع بين البدل والمبدل منه ـ فمن ثلاثة أوجه: أولها: أن صاع التمر بدل عن اللبن، لا عن الشاة فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، لاختلاف الجهة والتقدير. وثانيها: أنَّ الحديث وارد على العادة، والعادة لاتباع شاة بصاع، ولو اختلف الزمن وتغير الأسعار وبيعت الشاة بصاع من التمر لاختلاف الصاعان، لأنَّ أحدهما باعتبار كونه بدلاً عن الشاة، والآخر باعتبار كونه ضماناً للبن، وثالثها: أنَّ الجمع بين البدل والمبدل غير ممتنع وله تطبيقات في الفقه الإسلامي مثل أن يبيع شخص سلعة بحصان وكانت قيمة كل منهما ألفاً، ثمَّ زادت قيمة الحصان وبلغت ألفين فوجد المشتري بالسلعة عيباً فيردها ويسترجع الحصان، وقيمته ألفان وهذا قيمة الثمن والمثمن[1].

وأما الجواب عن الوجه الثامن ـ أي إمكان تحقق بعض صور الربا فيه ـ فهو أنَّ الزيادة غير مقصودة وأنها جاءت تبعاً، وأيضاً أنَّ الربا إنما يتحقق في العقود لا في الفسوخ والضمانات.

وأما الجواب عن الوجه التاسع ـ أي إثبات الرد من غير عيب ولا شرط ـ فهو أن الخيار ثبت بالتدليس كما لو باع رحى دائرة بماء قد جمعه لها، فإنَّ العيب إنما أثبت الخيار، لأنه ينقص الثمن به، والتدليس كذلك حيث ينقص الثمن بعد أن اكتشف أنَّ المصراة قليلة اللبن قال ابن القيم: «. . . فأين في أصول الشريعة المتلقاة عن صاحب الشرع ما يدل على انحصار الرد بهذين الأمرين؟ وتكفينا هذه المطالبة، ولن تجدوا إلى إقامة الدليل على الحصر سبيلاً، ثمَّ نقول: بل أصول الشريعة توجب الرد بغير ما ذكرتم وهو الرد بالتدليس والغش فإنَّه هو والخلف في الصفة من باب واحد، بل الرد بالتدليس أولى من الرد بالعيب، فإنَّ البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله، وتارة بفعله، فإذا أظهر للمشتري أنَّه على صفة فبان بخلافها كان قد غشه ودلس عليه فكان له الخيار

(١) تكملة المجموع للسبكي (١٢/ ٢٤).

بين الإمساك والفسخ، ولو لم تأت الشريعة بذلك لكان هو محض القياس وموجب العدل، فإنَّ المشتري إنما بذل ماله في المبيع بناء على الصفة التي أظهرها له البائع، ولو علم أنَّه على خلافها لم يبذل له فيها ما بذل، فإلزامه مع التدليس والغش من أعظم الظلم الذي تنزه عنه الشريعة، وقد أثبت النبي ﷺ الخيار للركبان إذا تلقوا واشترى منهم قبل نزول السوق وليس فيه عيب ولا فوات صفة»[1]، أي أنَّه لا نسلم لكم حصر موجبات العيب في وجود نقص، أو فوات صفة، ولو سلم فلا نسلم لكم أنَّ التدليس بالتصرية ليس فيه فوات صفة، بل فيه فوات صفة يختلف الثمن باختلافها فيثبت به الخيار.

وأما الجواب عن الوجه العاشر ـ أي كون اللبن كالحمل ـ فهو أنَّ هذا القياس مع الفارق، لأنَّ الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم، وأما اللبن فهو مقدور عليه، ثمَّ إنَّ قولهم: لو قابله قسط لجاز إفراده بالعقد منقوض بأساس الدار، وأطراف الخشب التي في البناء لا يجوز إفرادها ويدخل فيه على سبيل البيع، ويقابلها قسط من الثمن[2].

ثانياً: لا نسلم أن هناك تعارضاً بين حديث التصرية، وحديث «الخراج بالضمان» وذلك لأن حديث الخراج لا يشمل مضمون حديث التصرية وذلك لأن الخراج لغة[3] ـ كما يقول ابن القيم ـ غلة الشيء مثل كسب العبد وأجرة الدابة ونحوهما، وأما الولد واللبن فلا يسميان خراجاً[4]، ولو سلم شمول لفظ الخراج للبن، فلا ينطبق حديث الخراج على مضمون التصرية، وذلك لأن اللبن كان موجوداً حال العقد فهو جزء من المعقود عليه، والشارع الحكيم لم يجعل الصاع من التمر عوضاً عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع، فضمانه محض العدل والقياس، ولا يشمله حديث الخراج[5]. ولو سلم ذلك فحديث الخراج عام، وحديث التصرية خاص فيخص به.

ثالثاً: إن دعوى نسخ حديث التصرية بحديث الخراج غير مسلمة، لأن النسخ يحتاج إلى معرفة المتقدم عن المتأخر ولا دليل عندنا على ذلك.

---

(١) أعلام الموقعين (٢/٣٨ ـ ٣٩).

(٢) تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢٥).

(٣) القاموس المحيط (١/١٩١).

(٤) أعلام الموقعين (٢/٣٩).

(٥) المصدر السابق نفسه.

رابعاً: لو سلمنا بالتعارض بين الحديثين وامتناع الجمع فلا بد حينئذ من الرجوع إلى الترجيح، وحينما نجنح إليه نجد أن حديث المصراة أقوى من حديث الخراج سنداً وكثرة للطرق والروايات قال ابن القيم: «فحديث المصراة أصح منه باتفاق أهل الحديث قاطبةً فكيف يعارض به مع أنه لا تعارض بينهما بحمد الله»[1].

والذي ندين به هو أن حديث التصرية حديث صحيح متفق عليه، لا يجوز بأي حال من الأحوال التعسف في تأويله فهو صريح بل نص في الدلالة على رأي الجمهور، ولا يجوز لقياس ولا للأصل العام أن يعارضا الحديث الصحيح فهو الأصل الثاني بعد كتاب الله، وما وراءهما فرع تابع لهما، ثم إن أصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض لأنها من عند الله الذي أتقن كل شيء شرعه وخلقه، كما أننا نرى أنه لا تعارض بين الحديثين وذلك من ثلاثة وجوه. إما أن نقول أن لفظ الخراج خاص بالغلة الظاهرة للمعقود عليه مثل الكسب وإشغال الدابة ونحوهما فحينئذ لا يشمل اللبن والحمل[2]، أو نقول: إن لفظ الخراج شامل للبن مطلقاً لكن لا يشمل لبن المصراة وذلك لأن الخراج خاص بالغلة التي تحصل بعد العقد، وأما لبن المصراة فقد حصل قبل العقد كله أو معظمه، وعلى فرض شمول الخراج لهذا وذاك فإن حديث المصراة خاص بجزئية معينة فيخص به العام.

ثم إن ظاهر حديث المصراة يدل على أن المشتري حينما يرد معها صاعاً من تمر مطلقاً دون ملاحظة كمية اللبن، وقيمته، أو قيمة المصراة نفسها. وهذا هو ما عليه الأكثرون[3]. ولا يخفى أن هذا إذا كان المشتري قد عرف بالتصرية بعد حلبها، أما إذا عرف بها قبل حلبها فلا حاجة إلى رد الصاع. غير أنه وقع خلاف في تعيين صاع من التمر فالأكثرون ـ كما سبق ـ على هذا لظاهر الحديث المذكور، لكن بعض الفقهاء منهم ابن شهاب من المالكية[4] إلى أنه يتخير بين صاع من تمر، أو صاع من شعير، أو نصف صاع من بر.

---

(١) أعلام الموقعين (٢/٣٨، ٣٩).

(٢) أعلام الموقعين (٢/٣٨، ٣٩).

(٣) المصادر السابقة، وراجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١١٥...)؛ والروضة (٣/٤٦٧)؛ وفتح الباري (٤/٣٦٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٥١)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٧٢١)؛ وشرائع الإسلام للحلي (١/١٧٦).

(٤) الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧).

وذهب أبو يوسف من الحنفية ـ في رواية ـ وابن أبي ليلى إلى أنه لا يتعين صاع التمر، بل يجوز رد قيمته[1].

وذهب بعض الشافعية إلى أنه لا يتعين التمر بعينه بل يجوز رد صاع من أي قوت من الأقوات التي تدفع في صدقة الفطر، وذهب بعضهم الآخر منهم ابن سريج إلى أنه يرد صاعاً من غالب قوت البلد كصدقة الفطر[2]، وهذا هو مذهب المالكية[3]، في حين ذهب بعضهم الثالث إلى أنه يجوز رد الثمن فيما لو رد بدل اللبن قوتاً آخر كالحنطة مثلاً[4]. قال البغوي: «هذا كله إذا لم يتراضيا، أما لو تراضيا بغير التمر من قوت أو غيره، أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه فيجوز بلا خلاف[5]. غير أن ابن كج من الشافعية أنكر هذا الادعاء[6] وأثبت أن في المسألة هذه خلافاً أيضاً[7].

وذهب الهادوية إلى أن الواجب رد اللبن إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فمثله، وإن لم يوجد المثل فالقيمة[8]. وذهب الإمامية إلى أنه يرد معها مثل لبنها، أو قيمته وقيل: يرد ثلاثة أمداد من طعام[9]. وذهب ابن حزم إلى أنه إن كان اللبن الذي في ضرعها يوم اشتراها حاضراً رده كما هو حليباً أو حامضاً، فإن كان قد استهلكه رد معها لبناً مثله، وإن كان قد مخضه أو عقده رده[10]. وهذا الرأي من ابن حزم غريب جداً، حيث لم يأخذ بظاهر الحديث القاضي برد الصاع من التمر مطلقاً سواء كان اللبن موجوداً أم لا.

والسبب في هذا الخلاف عند الجمهور في مدى تعيين صاع من التمر هو أنه ورد في بعض روايات الحديث الطعام بدل التمر، فقد روى البيهقي عن طريق أبي عبدالله الحاكم بسند صحيح بلفظ: «من اشترى نعجة مصراة... فحلبها فهو بأحد النظرين

---

(١) الدر المختار (٤/٩٦).

(٢) الروضة (٣/٤٦٧)؛ وتكملة المجموع (١٢/٤٩).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/١١٦).

(٤) الروضة (٣/٤٦٧)؛ وتكملة المجموع (١٢/٤٩).

(٥) تكملة المجموع (١٢/٤٩).

(٦) الروضة (٣/٤٦٧).

(٧) المصدر السابق نفسه؛ وفتح الباري (٤/٣٦٤).

(٨) نيل الأوطار (٦/٣٧٥).

(٩) شرائع الإسلام للحلي (١/١٧٦).

(١٠) المحلى (٩/٧٢١).

بالخيار: إن شاء ردها وإناء من طعام»[1]. قال البخاري: «ويذكر عن أبي صالح ومجاهد والوليد بن رباح وموسى بن يسار عن أبي هريرة عن النبي ﷺ «صاع تمر» وقال بعضهم عن ابن سيرين «صاعاً من طعام وهو بالخيار ثلاثاً» وقال بعضهم عن ابن سيرين: «صاعاً من تمر» ولم يذكر «ثلاثاً» والتمر أكثر»[2]، بل قد روى مسلم في صحيحه والترمذي عن طريق قرة بن خالد عن ابن سيرين بلفظ: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها صاعاً من طعام لا سمراء»[3]. فعلى هذا فرواية الطعام صحيحة[4]، ولا تعارض بينها وبين رواية «صاع تمر» لأن التمر فرد من أفراد الطعام، فمرة ذكر الطعام، ومرة ذكر فرد من أفراده، فعلى هذا فالراجح هو رد صاع من تمر إن كان غالب قوت أهل البلد وإلا فصاع من غالب قوتهم جمعاً بين الروايات.

وأما القدر فالأكثرون على أنه صاع قل اللبن أو كثر للحديث السابق، وذهب بعضهم ـ منهم وجه للشافعية ـ إلى أنه يتقيد الواجب بقدر اللبن، فعلى هذا فقد يزاد على الصاع، وقد ينقص عنه[5]. قال الحافظ ابن حجر: «وقد أخذ بظاهر هذا الحديث جمهور أهل العلم، وأفتى به ابن مسعود، وأبو هريرة، ولا مخالف من الصحابة، وقال به من التابعين، ومن بعدهم من لا يحصى عدده، ولم يفرقوا بين أن يكون اللبن الذي احتلب قليلاً أو كثيراً. . .»[6].

ثم إن ظاهر الحديث يدل على أنه ليس للمشتري المطالبة بأرش النقص في حالة الإمساك وهذا ما عليه الأكثرون[7]. وقال بعض علماء الحنابلة يخير بين الإمساك مع الأرش، وبين الرد[8].

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٣١٨/٥). ويراجع: تكملة المجموع للسبكي (١٢/٥).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٣٦١/٤). والمراد بالسمراء الحنطة الشامية.

(٣) صحيح مسلم (١١٥٨/٣).

(٤) قال الحافظ ابن حجر: روى أحمد بإسناد صحيح بلفظ (فإن ردها رد معها صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر) حيث إن ظاهره يقتضي التخيير بين التمر والطعام. غير أن الحافظ ابن حجر رجح رواية التمر. يراجع فتح الباري (٣٦٤/٤).

(٥) الروضة (٤٦٧/٣).

(٦) فتح الباري (٣٦٤/٤).

(٧) الكافي لابن عبد البر (٧٠٧/٢)؛ والروضة (٤٦٧/٣. . .)؛ والمغني لابن قدامة (١٥٨/٤)؛ والمصادر السابقة.

(٨) الإنصاف للمرداوي (٤٠٢/٤).

ثم إن الحديث الشريف قد نص على أن له الخيار ثلاثة أيام، وهذا هو مذهب الأكثرين منهم جماعة من أصحاب الشافعي[1] والإمام أحمد[2] والإمام يحيى من الزيدية[3] والإمامية[4] ورواية عن مالك[5] فقالوا: إن هذه الأيام الثلاثة أعطاها الشارع للمشتري حتى تتبين التصرية حقيقة، وذلك لأن لبن المصراة في اليوم الأول لبن التصرية، وفي الثاني يحتمل أن تكون قلة لبنها لبعض أسباب عادية، ففي اليوم الثالث تتبين الحقيقة، فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية ويكون الخيار على الفور، هذا هو الغالب، ولهذا لو علم بالتصرية فيما دون الثلاثة كان له الخيار إلى الثلاثة لنص الحديث.

وذهب المالكية في المشهور عنهم[6] وجماعة من أصحاب الشافعي وأبو الخطاب من الحنابلة[8]، ورأي داخل المذهب الحنفي[9] إلى أن الخيار في التصرية على الفور، فمتى علم بها كان له ردها، وإن تأخر بدون عذر مشروع كان ذلك رضا، فخيار التصرية كخيار العيب قال ابن القاسم: ولو حلبها حلبة ثانية وأراد ردها كان ذلك له، لأنه لا يعرف حقيقة حلابها إلا بالحلبة الثانية، ولو حلبها ثالثة كان منه رضا بعيبها ولم يردها»[10]. وقال الدردير: «فإن حصل الاختيار بالثانية، فحلبها ثالثة رضا فلا رد له»[11].

والسبب في هذا الخلاف يعود إلى أن ذكر «ثلاثة أيام» في الحديث هل هو مبني على الغالب بناء على أن التصرية في الغالب لا تنكشف إلا بثلاثة أيام، فعلى هذا لو

---

(١) تكملة المجموع (١٢/٣١)؛ والروضة (٣/٤٦٦)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/٢٠٩)؛ وفتح الباري (٤/٣٦٣).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٥٤ ـ ١٥٥).

(٣) البحر الزخار (٤/٣٥٣).

(٤) تذكرة الفقهاء (٧/٣٦٤).

(٥) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/١١٧).

(٦) الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١١٧).

(٧) الروضة (٣/٤٦٦)؛ وتكملة المجموع (١٢/٣١ ـ ٣٣).

(٨) المغني لابن قدامة (٤/١٥٥).

(٩) بدائع الصنائع (٧/٣٣١٩).

(١٠) الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧)؛ والشرح الكبير (٣/١١٧).

(١١) الشرح الكبير (٣/١١٧).

انكشفت في أي وقت يكون على الفور، أو نقف عند ظاهر النص فنحدد الخيار بثلاثة أيام مطلقاً، وهذا هو الراجح، لأن الحديث ظاهر في هذا المعنى ولأنه لا يمكن قياس خيار التصرية على خيار العيب وذلك لأنه لا قياس مع النص، ولأن أمر خيار العيب مكشوف وليس فيه تدليس من قبل البائع فإذا ظهر العيب فلا بد أن يتخذ القرار بالرد أو الإمساك كي لا يتضرر البائع بعدم معرفة مصير عقده فيما لو أعطينا مدة طويلة للمشتري، مع أن البائع حسن النية ليس مدلساً، وأما البائع في التصرية لكونه سيء النية لا يستحق منحه هذه الرعاية، كما أن طبيعة التصرية معقدة تحتاج إلى التفكير والموازنة فيعطى المشتري هذه الفترة ليتخذ القرار المناسب ثم إن الشرع حددها بثلاثة أيام كي لا يبقى العقد معلقاً أكثر من اللازم. ثم متى تبدأ هذه الأيام الثلاثة؟ فيه ثلاثة آراء: رأي يقول تبدأ من العقد وعليه وجه للشافعية[1]. ورأي ثان يقول: تبدأ من ظهور التصرية وعليه وجه للشافعية[2]. ورأي ثالث يقول: تبدأ بعد التفرق والقبض وعليه وجه للشافعية[3] والحنابلة[4] وقالوا: يبدأ الخيار من اليوم الأول الذي فيه تحلب المصراة، وينتهي باليوم الثالث فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور، والسبب في هذا الخلاف كثرة روايات حديث المصراة واختلاف النظر والتفسير حول تعلق «ثلاثة» فمثلاً ورد الحديث في إحدى رواياته الصحيحة بلفظ: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام» مما يشير إلى أن الخيار متعلق ومنوط بالشراء فعلى هذا تشهد هذه الرواية للرأي الأول، ووردت رواية أخرى صحيحة أيضاً بلفظ: «فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها»[5]. فعلى هذه يبدأ الخيار بعد الحلب ثلاثة أيام. لكن يمكن أن نجمع هذه الروايات ونقول: إن الرواية الأولى مطلقة لم يحدد ابتدأ الخيار فجاءت الرواية الثانية فحددت بيان ابتدائه بأنه يكون بعد حلب المصراة، وهذا ما ورد في رواية مسلم بلفظ: «إذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة أو شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها...»[6]، وهذا هو الراجح جمعاً بين الأدلة فعلى هذا يبدأ الخيار بعد حلبها. وهذا ما قال به ابن المنذر[7]. فإذا لم يحلبها

---

(١) الروضة (٣/٤٦٦).

(٢) الروضة (٣/٤٦٦).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) المغني لابن قدامة (٤/١٥٥).

(٥) سبق تخريجه وهو حديث صحيح متفق عليه.

(٦) صحيح مسلم (٣/١١٥٨).

(٧) نقله عنه السبكي في تكملة المجموع (١٢/٣٦).

في اليوم الأول بل حلبها في اليوم الثاني فإن الخيار يبدأ بعد الحلب ثم هل له الحق أن يرد المصراة بعد حلبها قبل مضي ثلاثة أيام؟ فيه رأيان: على رأي القاضي من الحنابلة(1) والزيدية(2) لا يثبت الخيار قبل انقضائها، وعلى رأي الشافعية(3) وأبي الخطاب(4) أن له الخيار متى ثبتت التصرية سواء كان قبلها أو بعدها، وحينئذ تكون الأيام الثلاثة ظرفاً خاصاً للخيار ممنوحاً للمشتري فله الحق أن يرد المصراة في أي وقت منها شاء، غير أن ثبوت التصرية لا يتأكد إلا بالأيام الثلاثة، لكن لو علم بالتصرية كأن أقرَّ بها البائع فيثبت للمشتري قبل الثلاثة، ومع ذلك يمتد الخيار إلى انقضائها لظاهر الحديث.

وهذا الخيار غير منوط بالتصرية لذاتها، بل لما فيها من التلبيس والتدليس والغش(5) فيلتحق بها كل ما يشاركها في هذه العلة مثل حبس ماء القناة، أو الرحى ثم إرساله عند البيع، أو الإجارة، فيظن المشتري أو المستأجر كثرة الماء، ثم يتبين له الحال فله الخيار، وكذلك تسويد الشعر، أو توصيله، أو تلوين السمكة العادية لتظهر كأنها ملونة ونحو ذلك، بل إن الرسول ﷺ قد نص على هذه العلة فقال: «التصرية خلابة»(6) أي خدعة وغش. فكل ما فيه غش وخدعة فهو موجب للخيار، أما رد الصاع من التمر فهو خاص بالتصرية فقط.

هذا ويؤخذ ـ من كل ما سبق أن عرضناه ـ أن شروط تحقق الخيار في التدليس ـ بما فيه التصرية وما قيس عليها ـ هي ما يأتي:

١ ـ أن يقصد البائع ـ أو نحوه ـ التصرية ـ بنفسه، أو بغيره لكن علم به ـ فلو لم يقصد ذلك بأن تحفلت الشاة بنفسها كأن لسعتها نحلة، أو كان ضرعها كبيراً خلقة فظن

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/١٥٤ ـ ١٥٥).

(٢) البحر الزخار (٤/٣٥٣).

(٣) الروضة (٣/٤٦٦)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/٢٠٩). وتكملة المجموع (١٢/٣١).

(٤) المغني لابن قدامة (٤/١٥٥).

(٥) عند الشافعية في علة التصرية وجهان: أحدهما: أن العلة هي التدليس، والثاني الضرر الحاصل للمشتري ويظهر الوجهين ـ فيما لو تصرت الشاة بنفسها، أو صرها غيره دون علمه فالأصح عند صاحب التهذيب: ثبوت الخيار وبه قطع القاضي حسين، ورجح جماعة عدم ثبوت الخيار لعدم التدليس وبه قطع الغزالي في الوجيز (١/١٤٢).

ويراجع: تكملة المجموع للسبكي (١٢/٢٩).

(٦) هذا الحديث إسناده صحيح سبق تخريجه.

المشتري أنها كثيرة اللبن لم يتحقق الخيار على الأصح عند الشافعية[1]، بل قطع به الغزالي[2]، وعليه وجه للحنابلة[3]، وذلك لعدم تحقق التدليس، وذلك لأن التدليس إنما يؤثر إذا كان عن عمد وقصد، وقد أشار الحديث إلى هذا العنصر المهم بقوله: «لا تصروا» فوجه الخطاب إلى البائعين، ثم أثبت الخيار للطرف المقابل مما يدل على أن هذا الجزاء مترتب على عمله[4].

وذهب جماعة منهم وجه للشافعية رجحه البغوي. والشربيني[5] ورأي للحنابلة اختاره القاضي وغيره[6] إلى أنه يثبت له الخيار، غير أن هذا الخيار ليس مبنياً على التدليس بل لحصول الضرر بعدم وجود اللبن الكثير مثلاً، فالخيار يكون خيار عيب لا خيار الخلابة والتدليس.

٢ ـ عدم علم المدلس عليه بالتصرية، أما لو كان عالماً بالتصرية حين العقد ثم أنشأ العقد فلا خيار له على رأي المالكية[7] والحنابلة[8] ورأي داخل المذهب الشافعي[9] والإمامية[10] في حين ذهب الرأي الثاني للشافعية إلى أنه يثبت له الخيار لوجود التدليس في الواقع[11] غير أن الراجح هو الرأي الأول، لأن المشتري حينما علم بالتصرية ثم أقدم على شرائها فقد رضي بها فلا يبقى له مجال للخيار، لأن الخيار ما شرع إلا لتثبيت الرضا وتأكيده، مثل أن يرضى بشيء معيب يعلم بعيبه ثم يقدم على شرائه فلا خيار له.

---

(١) الروضة (٣/٤٦٨).

(٢) الوجيز (١/١٤٢).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/١٥٨)؛ والإنصاف (٤/٣٩٩).

(٤) الروضة (٣/٤٦٦)؛ وذكر السبكي في تكملة المجموع (١٢/٢٩) أن سبب هذا الخلاف يعود: «إلى أن العلة في التصرية هل هي التدليس، أم الضرر الحاصل للمشتري جراء عدم تحقق ما رغب إليه من كثرة اللبن، ثم قال: وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب، أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما».

(٥) الروضة (٣/٤٦٨)؛ ومغني المحتاج شرح المنهاج (٢/٦٣).

(٦) الإنصاف للمرداوي (٤/٣٩٩).

(٧) مواهب الجليل (٤/٤٣٩).

(٨) المغني لابن قدامة (٤/١٥٠).

(٩) الروضة (٣/٤٦٦)؛ وتكملة المجموع للسبكي (١/٢٩).

(١٠) تذكرة الفقهاء (٧/٣٦٥).

(١١) الروضة (٣/٤٦٦).

٣ ـ أن لا يتصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس تصرفاً دالاً على رضاه وهذا الشرط على الرأي القائل بأن التصرية على الفور واضح، وعلى رأي القائلين بأنه يمتد ثلاثة أيام يكون هذا الشرط خاصاً بالتصرف الذي يدل على رضاه به كأن يبيع المصراة بعد علمه بالتصرية، أو يؤجرها، أو يرهنها أو نحو ذلك، أما حلبها مرة أخرى، بعد العلم بالتصرية فلا يسقط حقه في الخيار ما دام أثناء الأيام الثلاثة لأن ذلك ليس تصرفاً دالاً على رضاه بها، بل ربما يكون لزيادة التأكد من قلة اللبن[١].

النوع الثاني ـ التدليس بالقول:

وهو أن يتم التدليس فيه عن طريق القول فقط.

ويدخل فيه كل وسيلة قولية يتخذها أحد العاقدين أو الغير بمعرفته ـ للتحايل على الآخر سواء كانت كذباً محضاً أو شابته طرق خفية للتأثير، غير أنَّ نطاق تأثير الكذب المحض أوسع ما يكون هو في التصرفات القائمة على الأمانة كالمرابحة والتولية، والإشراك، والوضيعة والاسترسال والاستئمان، ومع ذلك فإنَّه ـ أي الكذب المحض ـ يؤثر ـ عند الجمهور ـ إذا كان في الثمن سواء كان الكذب من غير المتعاقدين كما في بيع النجش أو من أحدهما بأن يقول: لقد اشتريت هذه السلعة بكذا وهو كاذب أو يقول: دفع لي عليها كذا وكذا ولكن آثرتك على غيرك وهو كاذب، أو يقول: إنَّ سعره الرسمي المقرر كذا مع أنَّه كاذب فيه، ونحو ذلك سواء حلف على كذبه فيكون إثمه أكبر، أو لم يحلف فهذه الأمور كلها ملحقة بالنجش في إثبات الخيار، وأما الكذب في المعقود عليه بأن يذكر للمعقود عليه وصفاً لا يوجد فيه، وكان هذا الوصف مما يختلف به الثمن فهذا تدليس، فقد ذكر البخاري في صحيحه أنَّه ذكر لإبراهيم النخعي أن بعض الدلالين يسمون اصطبلات دوابهم بأسماء مثل اصطبل خراسان، أو سجستان ثمَّ لما يذهب إلى السوق يقول: جاء هذا الفرس أمس من خراسان، أو سجستان فكرهه إبراهيم كراهة شديدة[٢]. قال الحافظ ابن حجر: «أي أنَّ الدلالين كانوا يسمون مرابط دوابهم بأسماء البلاد ليدلسوا على المشتري بقولهم ذلك ليوهموا أنها مجلوبة من خراسان، أو سجستان فيحرص عليها المشتري ويظن أنَّها قريبة العهد بالجلب»[٣]، أو

---

(١) يراجع في هذه المسألة: الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧)؛ والروضة للنووي (٣/٤٦٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٥٥)؛ والإنصاف (٤/٣٩٩)؛ والروضة البهية (٣/٥٠٢)؛ والمصادر السابقة.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٠٩).

(٣) فتح الباري (٤/٣١٠ ـ ٣١١).

لشهرة خيول هاتين البلدتين ثمَّ قال: «والسبب في كراهة إبراهيم ذلك ما يتضمنه من الغش والخداع والتدليس»[1]. فعلى هذا تحكمه قواعد التدليس في أنَّ للطرف المدلس عليه حق الخيار، وقد ذكر فقهاؤنا العظام رحمهم الله أمثلة كثيرة نورد بعضها هنا قال الحصكفي وابن عابدين: الغرور لا يوجب الرجوع إلاَّ في ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة، ثمَّ استحقت فإنَّه يرجع على المخبر بما غرمه المستحق من قيمة الولد.

الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضة فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثمَّ استحقت الدار. . . وإذا قال الأب: بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة فظهر أنَّه ابن غيره، رجعوا عليه للغرور.

الثالثة: أن يكون التغرير في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثمَّ استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنَّهما يرجعان على الدافع بما ضمناه، وكذا من كان بمعناهما»[2].

وقال الخطاب: «الغرور بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف، فالأول كمسألة الخياط يقيس الثوب، ويقول: يكفي فيفصله فينقص. . . أو قال لرجل: بع سلعتك من فلان، لأنَّه ثقة ومليء فوجده بخلاف ذلك فقال: لا يغرم شيئاً إلاَّ أن يغره وهو يعلم بحاله»[3].

وقال الغزالي: «وثبوت الخيار بالكذب في مسألة تلقي الركبان من باب التغرير، وكذلك خيار النجش إذا كان عن موضأة البائع على أقيس المذهبين»[4].

وقال الرملي: «فإذا قال شخص لآخر: أبيع لك هذه الجوهرة - وهي زجاجة - فاشتراها الآخر، ثمَّ تبين له ثبت له الخيار»[5].

وقال أبو الفرج المقدسي الحنبلي: «ولو قال: أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط

---

(١) فتح الباري (٤/٣١٠ - ٣١١).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/١٤٤).

(٣) المواهب الجليل (٤/٤٣٨).

(٤) الوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/٣٣٨).

(٥) نهاية المحتاج (٤/٧٤).

فصدقه المشتري ثمَّ كان كاذباً فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً، لأنَّه في معنى النجش»[1].

وبعد هذا العرض الموجز نذكر هنا تطبيقين من تطبيقات التغرير القولي وقعا في عصر الرسول ﷺ وقضى فيهما وهما النجش، وتلقى الركبان، ثمَّ نذكر بعدهما أثر الكذب في التصرفات القائمة على الأمانة.

أولاً ـ النجش:

هو لغة ـ بفتح النون والجيم ـ تنفير الصيد واستثارته من مكان ليصاد، وله معان أخرى منها الاستتار، وقال ابن قتيبة: النجش: الختل، والخديعة، ومنه قيل للصائد: ناجش، لأنَّه يختل الصيد ويحال له[2].

وفي الاصطلاح: هو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها ليقع غيره فيها[3]، وذلك بأن كانت السلعة معروضة للبيع فيقول: شخص غير راغب في شرائها: أنا أشتريها بمائة دينار ـ أو جنيه مثلاً ـ قاصداً بذلك أن يثير رغبة الحاضرين ويخدعهم ليظنوا أنَّ السلعة تساوي هذا القدر. قال الشافعي: «والنجش أن يحضر الرجل السلعة فيعطي بها الشيء وهو لا يريد الشراء ليقتدي به السوام فيعطون بها أكثر ما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه»[4].

فعلى هذا إنّ مجرد الزيادة الصادرة من الناجش على القدر الذي وصل إليه المبيع عند العرض تعتبر نجشاً، وإن لم تكن أكثر من ثمن المثل قال الحافظ ابن حجر: «وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع بما تقدم، وقيد ابن عبد البر، وابن العربي، وابن حزم التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل،

---

(١) الشرح الكبير (٤/٧٩).

(٢) القاموس المحيط (٢/٣٠٠)؛ والمصباح المنير (٢/٢٦٠).
ويراجع فتح الباري (٤/٣٥٥)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٠٦).

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/٢٣٦)؛ وشرح الخرشي (٥/٨٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦٨)؛ وبداية المجتهد (٢/١٦٧)؛ والأم (٣/٨٠)؛ والمهذب (١/٢٩١)؛ والوجيز (١/١٣٩)؛ والروضة (٣/٤١٤)؛ والغاية القصوى (١/٤٧٣)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/١٦٧)؛ وتحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (٤/٣١٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٢٣٤)؛ والعدة شرح العمدة ص(٢١٨)؛ والإنصاف (٤/٣٩٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٤٦٨)؛ وشرائع الإسلام (٢/٢١).

(٤) الأم (٣/٨٠).

قال ابن العربي: «ولو أنَّ رجلاً رأى سلعة رجل تباع بدون قيمتها فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً، بل يؤجر ذلك على نيته وقد وافقه على ذلك بعض المتأخرين»[1]. وذكر الخرشي أنَّ ظاهر قول مالك يشير إلى هذا المعنى أي اعتبار الزيادة بكونها أزيد من ثمن المثل[2].

وقال ابن حزم: «ولا يحل النجش... فهذا بيع إذا وقع بزيادة على القيمة فللمشتري الخيار»[3].

وقيد الحنفية الزيادة بكونها أزيد من ثمن المثل قال المرغيناني: «النجش هو أن يزيد في الثمن ولا يزيد الشراء ليرغب غيره»[4]. قال ابن الهمام: أي أن يزيد في الثمن... بعدما بلغت قيمتها، فإنَّه تغرير للمسلم ظلماً، فأما إذا لم تكن قد بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز، لأنَّه نفع مسلم من غير إضرار بغيره، إذ كان شراء الغير بالقيمة»[5]، بل جعل البابرتي تحقق الخداع بكون زيادته أكثر من ثمن المثل، وبالتالي لا تتحقق الكراهة إلاَّ إذا كانت أكثر من ثمن المثل[6]. ويظهر من نصوص الحنابلة أنَّ النجش يتحقق بمجرد: «أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها

(١) فتح الباري (٤/٣٥٥). ويراجع: المحلى لابن حزم (٩/٤٥٤، ٤٦٨)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٨٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٦٨).

(٢) قال الخرشي: فسر المصنف ـ أي خليل ـ النجش تبعاً لابن الحاجب تبعاً للمازري بأنَّه الذي يزيد في السلعة ليقتدي به غيره وهذا أعم من قول مالك: «النجش أن تعطيه في سلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها ليقتدي بك غيرك»، لدخول عطائك مثل ثمنها أو أقل في قول المازري، وخروجه من قول مالك ولابن العربي الذي قال: «عندي إن بلغها به الناجش قيمتها ورفع الغبن عن صاحبها فهو مأجور ولا خيار لمبتاعها، وكان بالكتبيين رجل مشهور بالصلاح عارف بالكتب يستفتح للدلالين ما يبنون عليه في الدلالة، ولا غرض له في الشراء فهو جائز على ظاهر تفسير مالك واختاره ابن العربي بل قال باستحبابه». وقد فسر ابن عرفه قول مالك: «أكثر من ثمنها» بأنَّ المراد بالثمن القيمة كما هو كلام ابن العربي، ولو حمل قوله على أنَّ المراد بالثمن الذي بلغه في النداء لاتفق مع كلام المازري... ويرشحه قوله: «ليغر». وذلك لأنَّ التغرير موجود مع الزيادة على الثمن أو غيره. شرح الخرشي (٥/٨٢ـ٨٣)، ويراجع النص الذي ذكره عن مالك في الموطأ ص (٤٢٥).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/٤٦٨).

(٤) الهداية مع شرح العناية (٥/٢٣٩)

(٥) فتح القدير (٥/٢٣٩).

(٦) شرح العناية (٥/٢٣٩)، حيث قال: «وظهر من هذا أنَّ الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها =

ليقتدي به المستام فيظن أنَّه لم يزد فيها هذا القدر إلَّا وهي تساويه فيغتر بذلك. فهذا حرام وخداع»(١).

ولكن الخيار إنَّما يثبت للمشتري إذا كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله(٢).

هذا **وقد ألحق** الفقهاء بالنجش أموراً كثيرة في معناه، مثل أن يخبر البائع المشتري أنَّه اشتراها بكذا وهو كاذب، أو دفع له كذا وهو كاذب، فقد روى البخاري في صحيحه أنَّ ابن أبي أوفى أطلق على من حلف بالله لقد أعطي بها ما لم يعطها: أنَّه ناجش»(٣) قال ابن قدامة: «ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشتراها بذلك ثمَّ بان كاذباً فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لأنَّه في معنى النجش(٤).

حكم النجش:

لا خلاف بين العلماء في أنَّ النجش حرام(٥). قال ابن بطال: «أجمع العلماء على أنَّ الناجش عاص بفعله»(٦)، وذلك لما ثبت في الحديث الصحيح أنَّه ﷺ: «نهى عن النجش»(٧)، وقال ﷺ: «.. ولا تناجشوا»(٨)، كما أنَّه يشترك معه في الإثم العاقد المستفيد إذا علم به. قال الصحابي ابن أبي أوفى: «الناجش آكل الربا

= بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروهاً، لانتفاء الخداع».

(١) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٤).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٤).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٨٦).

(٤) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٥).

(٥) المصادر السابقة. ويراجع: فتح الباري (٤/٣٥٥)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٠٦). هذا، ولا يقدح في إطلاق الحرمة ما ذكره الحنفية كالمرغيناني في الهداية (٥/٢٣٩)؛ والموصلي في الاختيار (٢/٢٧)؛ من أنَّ النجش مكروه، لأنَّ المراد بالمكروه هنا عندهم الكراهة التحريمية التي تساوي الحرام عند الجمهور، غير أنَّهم يطلقون على المطلوب منعه على سبيل الجزم الكراهة إذا كان قد ثبت بدليل ظني كخبر الآحاد في حين أنَّ الجمهور يطلقون عليه الحرمة قال ابن الهمام: «فهذه الكراهة تحريمية لا نعلم خلافاً في الإثم». انظر فتح القدير (٥/٢٣٩).

(٦) فتح الباري (٤/٣٥٥).

(٧) الحديث صحيح متفق عليه رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٥٥)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع (٣/١١٥٦)؛ وأبو داود في سننه مع عون المعبود (٩/٣٠٤)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٥٠٣)؛ وابن ماجه في سننه (٢/٧٣٤).

(٨) رواه البخاري في صحيحه، مع الفتح (٤/٣٧٢) ومسلم في صحيحه (٣/١١٥٥).

خائن»[1]. وقال البخاري: «وهو - أي النجش - خداع باطل لا يحل»[2]. ولا خلاف بين الفقهاء في حرمة الغش والخديعة[3]. وإنّما الخلاف في أثر النجش في صحة العقد أو فساده أو لزومه فذهب الحنفية[4] والشافعية في قول[5] وأحمد في رواية[6] إلى أنَّ النجش لا يؤثر في العقد فيبقى العقد صحيحاً نافذاً ولا خيار للمشتري غير أنَّ أحمد يقول: إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء[7].

وذهب أحمد في رواية اختارها أبو بكر[8]، ونقله ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث[9] إلى أنَّ العقد باطل.

وذهب مالك[10] والشافعي في قول[11] والظاهرية[12] والإمامية[13] إلى أنّ العقد

---

(١) رواه البخاري عنه في صحيحه مع الفتح (٤/٣٥٥، ٥/٢٨٦).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٥٥).

(٣) يراجع: فتح الباري (٤/٣٥٥)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٠٦).

(٤) فتح القدير مع شرح العناية (٥/٢٣٩).

(٥) الروضة (٣/٤١٤)؛ والمهذب (١/٢٩١).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٤)؛ والعدة في شرح العمدة ص (٢١٨).

(٧) يراجع المصدران السابقان.

(٨) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٤٤)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/٣٩٥).

(٩) فتح الباري (٤/٣٥٥)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٠٦).

(١٠) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٨٢ - ٨٣)؛ وبداية المجتهد (٢/١٦٧).

(١١) المهذب (١/٢٩١).

(١٢) المحلى لابن حزم (٩/٤٩٨).

ويلاحظ على ابن حزم أنَّه استدل بالأحاديث الدالة على النهي عن النجش مع أنَّه لم يقل بأنَّ العقد باطل، بل قال: «ولا يحل النجش..» ثمَّ حكم عليه بالصحة لكن للمشتري الخيار إذا وقع بزيادة على القيمة». مع أنَّ مقتضى قواعد مذهبه أنَّ النهي مطلقاً يدل على الفساد، كما أنَّ اشتراط الزيادة على القيمة لا يدل عليه ظاهر الحديث، فكيف خرج الظاهري على هذا الظاهر، وأكثر من ذلك فقد استدل بدليلين على دعواه هما: «نهى عن النجش» وأثر رواه عن عمر بن عبد العزيز أنَّه قال: لا يحل النجش... وإن البيع مردود» فهذا الأثر لا يدل على ما ذهب إليه من أنَّ البيع صحيح غير لازم، بل يدل على بطلانه وأظن أنَّ ذلك هو السبب في أنَّ ابن رشد في بداية المجتهد (٢/١٦٧)، والحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤/٣٥٥)، والشوكاني في نيل الأوطار (٦/٣٠٦)، نقلوا عن أهل الظاهر أنهم يقولون بفساد بيع النجش، إن لم يكن لهم قول آخر لم يذكره ابن حزم. والله أعلم.

(١٣) شرائع الإسلام للحلي (٢/٢٠ - ٢١).

صحيح لكنه غير لازم، فللمشتري الخيار بين الرد والإمساك.

وقبل أن نخوض في غمار الأدلة والمناقشة لا بدَّ أن ننوه على أنَّ الحنفية، والمالكية على توجيه ابن العربي، وابن حزم إنما يتحقق النجش عندهم إذا كانت الزيادة بأكثر من ثمن المثل، كما أنَّ الفقهاء يكادون يتفقون على أنَّ الخيار إنَّما يثبت عند من يقول به إذا كان العاقد قد أوعز إلى الناجش بفعل ذلك، أو كان يعلم ذلك وسكت، أو هو كذب على المشتري ـ كما سبق ـ إلَّا إذا أدَّى النجش إلى الغبن الفاحش فيكون الخيار عند من يقول به وإن لم يعلم به العاقد.

الأدلة والمناقشة والترجيح

استدل الرأي الأول القائل بعدم تأثير النجش مطلقاً في العقد بأنَّه عقد تم فيه أركانه وشروطه، وأنَّ النهي فيه يعود إلى الناجش لا إلى العاقد، فهو لا يعود إلى العقد ذاته ولا إلى وصفه، كما أنَّه لا يعود إلى العاقد، فلا يؤثر فيه[1]. قال ابن حزم: «والبيع غير النجش وغير الرضا بالنجش، وإذ هو غيرهما فلا يجوز أن يفسخ بيع صح بفساد شيء غيره، ولم يأت نهي قط عن البيع الذي ينجش فيه الناجش[2]، بل قال الله تعالى: ﴿وأحَلَّ اللَّهُ البيعَ﴾[3]. ثمَّ إنَّ المشتري قد فرط في ترك التأمل، وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المبتاع، وانخدع بكل سهولة وسذاجة إذن فلا بد أن يتحمل مسؤولية ما أقدم عليه وجزاء تسرعه وعدم تأنيه.

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بأنها لا تدل على أكثر من أنَّ العقد صحيح، وهذا ما لا ننكره أما على كون المشتري ليس له الخيار، لأنَّه لم يتريس ولم يستفسر... فغير مسلم، لأنَّ الشرع لا يكلفنا بذلك عندما يقع غش وتدليس، فلو قلنا ذلك، لما قيل بثبوت الخيار في أي تدليس.

واستدل الفريق الثاني على بطلانه بما يأتي:

أولاً: الأحاديث الصحيحة السابقة التي تدل على أنَّ النبي ﷺ نهى عن النجش، والنهي يقتضي التحريم والبطلان ما لم يكن هناك صارف، ولا صارف.

---

(١) المهذب (١/٢٩١)؛ والمغني لابن قدامة (٢/٢٣٤).

(٢) المحلى لابن حزم (٩/٤٦٨).

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

ثانياً: ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن أبي أوفى قال: «أقام رجل سلعته فحلف بالله لقد أعطي بها ما لم يعطها فنزلت: ﴿إنَّ الذينَ يَشْتَرون بعهدِ اللَّهِ وأَيْمانهم ثمناً قليلاً أُولَئك لا خلاقَ لهم في الآخرةِ ولا يُكلِّمُهم اللَّهُ ولا ينظرُ إليهم يومَ القيامةِ ولا يُزكِّيهم ولهم عذابٌ أليم﴾[1]. قال ابن أبي أوفى: الناجش آكل الربا خائن»[2]. قال الحافظ ابن حجر: «وأطلق ابن أبي أوفى على من أخبر بأكثر مما اشترى به أنَّه ناجش لمشاركته لمن يزيد في السلعة وهو لا يريد أن يشتريها في غرور الغير، فاشتركا في الحكم لذلك، وكونه آكل الربا بهذا التفسير»[3].

وجه الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

أولهما: ورود هذا التهديد الشديد والعقاب الكبير لمن باع سلعته بالكذب، فلا يرد مثل هذا التهديد الخطير إلَّا إذا كان قد أكل الشخص مال الآخر بدون وجه حق، أو عن عقد باطل.

وثانيهما: أنَّ الصحابي الجليل حكم على العاقد الناجش بأنَّه آكل الربا حيث حصل على الزيادة عن طريق الحلف، وأنَّه خائن حيث كذب عليه، وكتم الحقيقة ولم يظهر له حقيقة الأمر، وكذلك البائع الذي واطأ الناجش، وجعل له جعلاً، أو لم يجعل فإنَّه قد حصل على زيادة عن طريق الغش والخيانة ومن المعلوم أنَّ العقد الذي فيه الربا لا يصح بل هو باطل مردود.

ثالثاً: ما رواه عبد الرزاق وابن حزم وغيرهما بسندهم أنَّ عمر بن عبد العزيز رحمه الله بعث عبيد بن مسلم ببيع السبي، فلما فرغ أتى عمر فقال له: إنَّ البيع كان كاسداً لولا أني كنت أزيد عليهم وأنفقه فقال له عمر: كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشتري؟ قال: نعم، قال عمر: هذا نجش، والنجش لا يحل. إبعث منادياً ينادي أنَّ البيع مردود وأنَّ النجش لا يحل»[4]. وجه الاستدلال به واضح حيث حكم عليه بأنَّه مردود أي باطل.

ويمكن أن نجيب عن هذه الأدلة بما يأتي:

---

(١) سورة آل عمران: الآية ٧٧.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادة (٥/٢٨٦).

(٣) فتح الباري (٤/٣٥٦).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/٤٦٨ - ٤٦٩)؛ وفتح الباري (٤/٣٥٥).

أولاً: لا نسلم أنَّ مطلق النهي يدل على الفساد مطلقاً ـ كما سبق تفصيله ـ ولو سلم فالنهي لم يوجه إلى العقد مطلقاً، وإنَّما وجه نحو النجش وهو غير العقد، بل لا يقوم به العاقد أصلاً حتى ولو قام به، أو علم به لا يتجاوز مجرد كذب وهو لا يؤدي إلى إبطال عقد تمَّت فيه أركانه وشروطه، قال الشافعي مبيناً أنَّ نهي الرسول ﷺ لا يدل على الفساد هنا: «لأنَّ البيع جائز لا تفسده معصية رجل نجش عليه، لأنَّ عقده غير النجش ولو كان بأمر صاحب السلعة لأنَّ الناجش غير صاحب السلعة فلا يفسد البيع إن فعل الناجش ما نهى عنه وهو غير المتبايعين، فلا يفسد على المتبايعين بفعل غيرهما، وأمر صاحب السلعة بالنجش معصية منه، ومن الناجش معصية»[1]، وقال: «وقد بيع فيمن يزيد على عهد الرسول ﷺ فجاز البيع»[2].

ثانياً: إنَّ دليلهم الثاني لا يدل على أكثر من التحريم وهذا نحن لا ننكره فليس في الآية إشارة إلى بطلان عقد تمَّ بين عاقدين ثمَّ لا نسلم على أنَّ هذا التخويف العظيم جاء بسبب النجش فقط، بل جاء بسبب الحلف الكاذب الذي أنفق به سلعته كما ذكره الصحابي الجليل نفسه في هذا الحديث، فقد كان الحالف قد استعان بالحلف بالله تعالى في سبيل الحصول على المال فاستحق هذا التهديد كما أنَّ الحلف أيضاً ليس السبب الوحيد في هذا العقاب فقد دلَّت الآية على أنَّ هذا الجزاء جزاء من فعل شيئين هما: أن يشتري بعهد الله ـ وهو الإيمان والعبادة ـ وأن يشتري بأيمانهم: ثمناً قليلاً فهذا الجزاء ليس جزاء من عقد عقداً فيه النجش، بل هو جزاء من لم يعن بعهد الله والإيمان به فباع دينه بدنياه، ومن جهة أخرى أنَّ استدلال الصحابي بالآية وسبب نزولها استنباط منه واجتهاد قابل للإصابة وغيرها فلا يكون حجة، كما أنَّ حكم الصحابي على الناجش بأنَّه آكل الربا لا يستلزم منه الحكم والتشابه بين هذا العقد، والربا في كل النواحي، بل يكفي أن يكون وجه الشبه هو الحرمة فقط، أما العقد فيبقى بمعزل عن البطلان، وذلك لأنَّ الربا الاصطلاحي غير متحقق تماماً في النجش، لأنَّه إنَّما يتحقق إذا كانت الزيادة بين شيئين متماثلين، ولا تماثل في عقد النجش.

ثالثاً: إن أثر عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان اجتهاداً منه وهو لا يكون حجة على مجتهد آخر، بالإضافة إلى أنه لا حجة إلا في كتاب الله أو سنة رسوله، أو ما دلا على حجيته، كما أنه باعتباره رئيس الدولة كان صاحب السلعة فلا يليق به أن يُمضي

---

(١) الأم (٣/ ٨٠).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٤٤).

عقداً لا يحل، أو فيه شبهة وهو في محل القدوة، ولهذا حكم على العقد بأنه مردود، وهو يملك هذا الحق عند الجميع.

واستدل الفريق الثالث بما استدل به الفريق الأول عدا ما يدل على عدم ثبوت الخيار الذي ناقشناه فوجدناه لا ينهض حجة على عدمه، فعلى هذا فالراجح الذي يعضده الدليل هو أن العقد الذي وقع فيه النجش عقد صحيح لأنه لا خلل في أركانه، وشروطه لكنه حصل فيه غش وتدليس أوقع العاقد الآخر في وهم في قيمة المعقود عليه، وعدم تنور في ثمنه، فعلى هذا لم يكن رضاه متنوراً تنوراً كاملاً يحيط بحقيقته من كل جوانبه فهذا يوجب الخيار إذا كان ما دفعه أزيد من ثمن المثل، وكان العاقد المستفيد على علم بذلك لأن رضاه على أساس أن المعقود عليه يدفع فيه هذا المبلغ ويساويه، ومن جهة أخرى إن النهي عن النجش وإن كان لا يعود إلى العقد ذاته ولا وصفه لكنه بلا شك لأجل أن النجش يؤدي إلى إلحاق ضرر بالعاقد ذاته، فيكون رفع هذا الضرر والحيف واجباً وذلك يكون بمنح العاقد المتضرر نتيجة هذا التحايل حق الخيار ليتدارك به ما فاته من نفع، أو ليتلافى ما لحقه من ضرر، وبعبارة أخرى نقول: ما دام هذا العقد قد وقع تحت تأثير التغرير ـ بحيث كان دافعاً لدفع هذا المبلغ إليه ـ فلا بد أن يعطي للطرف المتضرر حق الخيار، ومن جهة أخرى إن هذه النصوص الواردة في النهي عن النجش لا بد أن يكون لها تأثير على العقد نفسه بحيث إن لم تجعله باطلاً أو فاسداً فلا أقل من أن تجعله غير لازم كما هو الحال في التصرية.

ثانياً: تلقي الركبان[1]:

وقد يعبر عنه بتلقي السلع أو تلقي الجلب، والمقصود بهذه الألفاظ واحد وهو أن يتلقى شخص أو أكثر، جالب[2] الطعام أو السلعة فيتعاقد معه ـ بيعاً أو شراء ـ قبل

---

(١) ملحوظتان: أولاهما أن تلقي الركبان إنما يدخل في التغرير القولي على رأي الفقهاء ـ منهم بعض الشافعية ـ القائلين بأنه إنما يثبت به الخيار إذا أخبرهم بكساد ما معهم.

الثانية أنه قد اشتهر اسم تلقي الركبان أي بالجمع، وهذا وصف خرج مخرج الغالب، حيث إن الغالب هو أن من يجلب الطعام كانوا عدداً ركباناً، وإلا فلو كان الجالب عدداً مشاة، أو واحداً راكباً، أو ماشياً لم يختلف الحكم.

انظر فتح الباري (٣٧٤/٤)؛ والروضة (٤١٣/٣).

(٢) وقولنا في التعريف: «جالب الطعام...» يخرج به الخروج إلى البساتين التي تقع حول المدينة لشراء الفواكه ونحوها. قال الدردير: «وليس من التلقي الخروج لشراء ثمر الحوائط ونحوها... =

دخوله السوق ـ أي سوق كل شيء بعينه فإن كان طعاماً فإلى سوقه، وإن كان حيواناً فإلى سوقه وهكذا[١]. قال الشافعي: «... ففي هذا دليل على أن الرجل إذا تلقى السلعة فاشتراها فالبيع جائز غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار لأن تلقيها حين يشتري من البدوي قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرور له يوجد النقص من الثمن، فإذا قدم صاحب السلعة السوق فهو بالخيار بين إنفاذ البيع ورده، ولا خيار للملتقي، لأنه هو الغار لا المغرور»[٢]. هذا وقد ألحق الفقهاء بالتلقي ما يتفق معه في العلة وهي خداع جالب السلعة بأي وسيلة كانت، فقد ذكر إمام الحرمين في صورة التلقي المحرم أن يكذب في سعر البلد ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل، وذكر المتولي فيها أن يخبرهم بكثرة المؤنة عليهم في الدخول وذكر أبو إسحاق الشيرازي أن يخبرهم بكساد ما معهم ليغبنهم[٣]. قال الحافظ ابن حجر: «ويؤخذ من هذه التقيدات إثبات الخيار لمن وقعت له ولو لم يكن هناك تلق»[٤].

حكم تلقي الركبان:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تلقي الركب حرام، وأن المتلقي عاص وآثم، لما ثبت في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ «نهى عن تلقي البيوع»[٥] وفي رواية أخرى صحيحة بلفظ «نهى عن التلقي»[٦] وفي رواية ثالثة صحيحة أيضاً «نهى عن تلقي

= وكذلك شراء الطعام وغيره من السفن بالسواحل إلا أن يأتي من ذلك ضرر وفساد فهو كاحتكاره». شرح الخرشي على مختصر خليل (٨٥/٥).

(١) انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية (٥٣٩/٥)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٨٤/٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٧٠/٣)؛ وبداية المجتهد (١٦٦/٢)؛ والأم (٨٢/٣)؛ والمهذب (٢٩٢/١)؛ والروضة (٤١٣/٣)؛ والغاية القصوى (٤٧٣/١)؛ وشرح المحلى على المنهاج (١٨٣/٢)؛ والمغني لابن قدامة (٢٤١/٤)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢١٩)؛ والمحلى لابن حزم (٤٧٠/٩)؛ ومفتاح الكرامة (١٠٢/٤ ـ ١٠٣).

ويراجع: فتح الباري (٣٧٤/٤)؛ ونيل الأوطار (٣٠٧/٦).

(٢) الأم (٨٢/٣).

(٣) نقله عنهم ابن حجر في فتح الباري (٣٧٥/٤).

(٤) فتح الباري (٣٧٥/٤).

(٥) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٣٧٣/٤)؛ ومسلم في صحيحه (١١٥٥/٣ ـ ١١٥٧)؛ وأبو داود في سننه مع العون (٣٠٣/٩)؛ والنسائي في سننه (٢٢٧/٧)؛ والترمذي في سننه مع تحفة الأحوذي (٤١٢/٤)؛ وابن ماجه في سننه (٧٣٤/٢).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح (٣٧٣/٤).

السلع»[1]. وفي رواية رابعة صحيحة بلفظ: «نهى أن يتلقى الركبان...»[2]. وفي رواية خامسة صحيحة أيضاً بلفظ «لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق»[3]. وروى البيهقي بسنده عن ابن عمر قال: إنهم كانوا يتبايعون الطعام في عهد رسول الله ﷺ من الركبان فنهاهم أن يبيعوه في مكانه الذي ابتاعوه فيه حتى ينقلوه إلى سوق الطعام»[4]، ورواه مالك بلفظ: «ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها السوق»[5]، قال البخاري في سبب النهي عن تلقي الركبان: «...، لأن صاحبه عاص وآثم إذا كان به عالماً وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز»[6]. ثم ذكر منتهى التلقي بأنه يبدأ بأعلى السوق فروى بسنده عن عبدالله قال: «كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام» ثم قال البخاري: يبينه حديث عبيد الله بن عمر عن عبدالله قال: «كانوا يبتاعون الطعام في أعلى السوق فيبيعونه في مكانه فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه في مكانه حتى ينقلوه»[7]. قال الحافظ ابن حجر: «فقد أشار البخاري بهذه الترجمة إلى أن ابتداءه الخروج من السوق أخذاً من قول الصحابي: إنهم كانوا يتبايعون بالطعام في أعلى السوق فيبيعونه في مكانه فنهاهم النبي ﷺ أن يبيعوه في مكانه حتى ينقلوه ولم ينههم عن التبايع في أعلى السوق فدل على أن التلقي إلى أعلى السوق جائز فإن خرج عن السوق ولم يخرج عن البلد... فظاهر الحديث على أنه داخل في النهي»[8]. فالمعتبر عند الجمهور منهم المالكية والحنابلة، وعليه إسحاق والليث، هو السوق وهو الراجح لظاهر الحديث[9]. في حين ذهب الشافعية إلى أن المعتبر هو البلد، فعلى هذا لو خرج المتلقي عن السوق ولم يخرج عن البلد فقد صرح الشافعية بأنه لا يدخل في النهي بناء على أن الركبان ـ أصحاب السلع ـ إذا

---

(١) صحيح مسلم (١١٥٦/٣)، والحديث رقم ١٥١٧.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٣٧٣/٤)؛ ومسلم (١١٥٧/٣).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٣٧٣/٤).

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٣٤٨/٥).

(٥) الموطأ ص (٤٢٤)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٣٤٧/٥ ـ ٣٤٨).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح (٣٧٣/٤).

(٧) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٣٧٥/٤).

(٨) فتح الباري (٣٧٥/٤).

(٩) يراجع: الشرح الكبير مع الدسوقي (٧٠/٣)؛ وشرح الخرشي مع حاشية العدوي (٨٤/٥)؛ والمغني لابن قدامة (٢٤٣/٤)؛ وفتح الباري (٣٧٥/٤).

قدموا البلد أمكنهم معرفة السعر، فإن لم يفعلوا ذلك فهو من تقصيرهم[1] وقد اشترط المالكية[2] والشافعية في وجه[3] والحنابلة[4] والإمامية[5] قصد التلقي، فعلى هذا لو خرج شخص لحاجته كاصطياد وغيره، فرأى قافلة من البضاعة تتجه نحو المدينة فاشترى منهم جاز لعدم التلقي قال النووي: وأصح الوجهين عند الشافعية أنه يعصي، لشمول المعنى فعلى هذا يكون لهم الخيار إن كانوا مغبونين[6].

كما اشترط بعض الفقهاء، منهم بعض الشافعية[7]، في ثبوت الحرمة أن يخبرهم المتلقي بكساد ما معهم من المتاع فيغرهم في ذلك ولا يخبرهم بسعر السوق، بل يحاول تضليلهم وخداعهم فعلى هذا لو أخبرهم سعر بضاعتهم في السوق وكان صادقاً فلا يحرم[8].

وذكر إمام الحرمين في صورة التلقي المحرم: أن يكذب في سعر البلد، ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل وذكر المتولي منها: أن يخبرهم بكثرة المؤنة عليهم في الدخول، وذكر أبو إسحاق الشيرازي أن يخبرهم بكساد ما معهم ليغبنهم[9].

وذهب الحنفية إلى أن التلقي إنما يكره في حالتين: إحداهما: أن يضر التلقي بأهل البلد بأن كان أهل المصر في قحط وضيق، فيسمع المتلقي بمجيء قافلة بطعام فيخرج لهم فيتلقاهم قبل دخولهم السوق فيشتري منهم الجميع، ويدخله المصر ليبيعه على ما أراده فإن كان ذلك يضر بأهل المصر بأن كانوا في قحط فهو مكروه وإلا فلا.

الثانية: أن يلبس السعر على الواردين بأن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد، فهذا أيضاً مكروه وفيما عدا هاتين الحالتين

---

(١) الروضة (٣/٤١٣).

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٨٤ ـ ٨٥).

(٣) المهذب (١/٢٩٢)؛ والروضة (٣/٣١٤).

(٤) المغني لابن قدامة (٤/٢٤٣).

(٥) مفتاح الكرامة (٤/١٠٢).

(٦) وهو الظاهر من كلام الغزالي في الوجيز حيث قال: «وأن يتلقى الركبان ويكذب في سعر سلعتهم فيشتريها رخيصاً فللبائع الخيار إذا عرف كذبه لأنه تغرير». الوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/٢١٨).

(٧) المهذب (١/٢٩١)؛ والروضة (٣/٤١٣).

(٨) نقله عنهم ابن حجر في فتح الباري (٤/٣٧٥).

(٩) نقله عنهم ابن حجر في فتح الباري (٤/٣٧٥).

قالوا: لا بأس بالتلقي - أي ولا يكره[1]. والراجح هو مذهب الجمهور القائلين بحرمة التلقي للنصوص الدالة على حرمته مطلقاً.

ولم يشترط الظاهرية لحرمة التلقي أي شرط فقالوا بحرمته مطلقاً[2].

وأما أثر التلقي في العقد فقد وقع خلاف فيه بين الفقهاء فذهب أحمد في رواية[3] وجماعة من أصحاب مالك[4] إلى أنه باطل لورود النهي عنه، والنهي يقتضي الفساد. وهو الظاهر من كلام البخاري[5].

وذهب الشافعية[6] والحنابلة - عدا الرواية السابقة -[7] والظاهرية[8] إلى أن العقد صحيح لكنه غير لازم حيث إن لأهل السلعة الخيار إذا دخلوا السوق.

وهنا يثور التساؤل حول مدى ارتباط الخيار في العقد المذكور بمطلق التلقي دون الحاجة إلى إثبات الغبن، أم أنه لا بد من الغبن لكي يتحقق فيه الخيار؟.

للإجابة عن هذا التساؤل ذهب الشافعية في وجه[9] والظاهرية[10]إلى أن الخيار غير مقيد بوجود الغبن، بل الخيار مترتب على التلقي في حين ذهب الشافعية في وجه آخر[11] والحنابلة[12] إلى أن الخيار إنما يثبت لهم إذا وقع غبن عليهم، فعلى هذا إذا

---

(١) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٢/٥)؛ وبدائع الصنائع (٣٢٢٢/٧).

(٢) أي سواء كان التلقي عن قصد، أو عن عدمه، وفي مسافة قصيرة، أم بعيدة، وسواء أخبرهم بسعر السوق، أم لم يخبرهم فهو حرام. المحلى لابن حزم (٤٦٩/٩). وقد اختار هذا الرأي الشوكاني في نيل الأوطار (٣٠٨/٦).

(٣) المغنى لابن قدامة (٢٤١/٤).

(٤) المنتقى للباجي (١٠٢/٥).

(٥) صحيح البخاري (٣٧٣/٤)، حيث قال: «وأن بيعه - أي بيع المتلقي - مردود... وهو خداع، والخداع لا يجوز».

(٦) المهذب (٢٩٢/١).

(٧) المغني لابن قدامة (٢٤١/٤).

(٨) المحلى لابن حزم (٢٦٩/٩).

(٩) المهذب (٥٩٢/١).

(١٠) المحلى (٤٦٩/٩).

(١١) المهذب(٢٩٢/١). قال الرافعي في فتح العزيز (٢١٩/٨): «وأصحهما لا يثبت الخيار إذا كان بسعر البلد أو أكثر».

(١٢) المغني لابن قدامة (٢٤١/٤).

وصلوا السوق وعرفوا أنهم قد غبنوا غبناً خارجاً عن العادة، فلهم الخيار. وذهب مالك في المشهور إلى أنه يجبر المتلقي فيما دون ستة أميال على عرض السلعة على أهل السوق أو أهل البلد فيشاركه من شاء بالسعر الذي اشتراها به، فعلى هذا فالحق لأهل السوق إن وجدت، أو لأهل البلد، وليس للجالب حق الخيار، وذهب في قوله الثاني غير المشهور إلى أن المتلقي يختص بها لكن يؤدب بما يراه الحاكم(١). وذهب ابن العربي من المالكية إلى أن الحق لهما(٢).

وذهب الحنفية إلى أن عقد المتلقي صحيح نافذ، ولا خيار فيه(٣).

الأدلة والمناقشة والترجيح

استدل القائلون بفساد عقد المتلقي بأنه قد ثبت النهي عنه في أحاديث صحيحة، وأن النهي يقتضي الفساد قال البخاري: «وإن بيعه مردود، لأن صاحبه عاص آثم إذا كان به عالماً، وهو خداع في البيع والخداع لا يجوز»(٤).

ويمكن الجواب عنه بأن النهي إنما يقتضي الفساد إذا كان راجعاً إلى ذات المنهي عنه، لا ما إذا كان راجعاً إلى أمر خارج عنه كما في التصرية حيث اتفقوا ـ كما سبق ـ على صحة العقد مع الخيار ثم إن ما قاله البخاري لا ينهض حجة على بطلانه قال الحافظ ابن حجر: «وأما كون صاحبه عاصياً آثماً والاستدلال عليه بكونه خداعاً فصحيح ولكن لا يلزم من ذلك أن يكون البيع مردوداً، لأن النهي لا يرجع إلى نفس العقد، ولا يخل بشيء من أركانه وشرائطه، وإنما هو لدفع الإضرار بالركبان»(٥)، ثم أول ابن حجر قول البخاري بأنه مرود على «ما إذا اختار البائع رده فلا يخالف الراجح»(٦). قال الحافظ ابن حجر: «وقد تعقبه الإسماعيلي وألزمه التناقض ببيع المصراة فإن فيه خداعاً ومع ذلك لم يبطل البيع»(٧).

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٨٤)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٧٠)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٢٢)؛ وبداية المجتهد (٢/١٦٦).

(٢) شرح الخرشي (٥/٨٤).

(٣) فتح القدير مع شرح العناية (٥/٢٤٠).

(٤) صحيح البخاري (٤/٣٧٣).

(٥) فتح الباري (٤/٣٧٣ ـ ٣٧٤).

(٦) فتح الباري (٤/٣٧٣ ـ ٣٧٤).

(٧) المصدر السابق نفسه.

واحتج القائلون بأنه عقد صحيح لكنه غير لازم بأنه عقد ليس فيه خلل في أركانه، ولا في شروطه لكنه حصل خلل في تنور الرضا حيث لم يكن رضاء الجالب متنوراً، وقد خدعه المتلقي بعدم إفساحه المجال حتى يدخل في السوق فيكون للجالب حق الخيار إذا دخل السوق لكن بعض الفقهاء ربط هذا الحق بتحقق ضرر واقع على الجالب وهو حصول الغبن الفاحش في العقد، وبعضهم ربطه بمجرد التلقي باعتباره تغريراً.

واستدل المالكية بالحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «. . . ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق»(١). وجه الاستدلال به أنه علق النهي بالهبوط في السوق مما يدل على أن الغرض هو مراعاة أهل السوق، ثم إن الضرر يلحقهم جراء استئثار واحد بكل السلعة قبل وصولها السوق، ولهذا يعطي الخيار لهم.

ويمكن أن يجاب عنه بأن ما ذكروه في الاستدلال بالحديث ليس نصاً فيه، بل ولا ظاهراً فيه، وإنما هو احتمال، حيث إن الحديث يشير أيضاً إلى أن السبب هو الحفاظ على حق الجالب وحمايته من الضرر والتحايل من قبل المتلقي، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، ويرد دليلهم الثاني بأنه يمكن تحقق ذلك حتى بدون التلقي وذلك بأن يشتري جميعها واحد منهم في السوق مع أنه لا خيار فيه.

واستدل الحنفية على صحة العقد بأنه لا ينكر أحد أنه خال من الخلل في الأركان والشروط ـ كما سبق ـ وعلى أنه لازم بأنه لم يَشُبْهُ تغرير حيث إن التلقي في حد ذاته لا يعد تغريراً، لأنه لا يتجاوز كونه قد اشترى من شخص لا يعلم بثمن بضاعته وقيمتها، وهذا غير موجب للخيار، إذ لم يقل أحد بأن من شروطه اللزوم علم البائع ـ مثلاً ـ بثمن المبيع وقيمته في السوق.

ويمكن الجواب عن ذلك بأنه لا نسلم بعدم وجود تغرير في التلقي فهو موجود إما بقوله أثناء المساومة بأن يقول لهم بضاعتكم كاسدة أو أنها لا تساوي الكثير أو نحو ذلك مما يغلب في التجار الكلام فيه، أو بعدم إفساحه المجال في التعرف على أحوال السوق، ثم إن قياس الجالب على الجاهل بثمن المعقود عليه قياس مع الفارق، لأن الجالب معذور في عدم معرفة الثمن، لأنه لم يدخل السوق بعد، وأما الجاهل فغير معذور، بل يعود جهله إلى قصوره.

وبعد أن تبين أن الأدلة السابقة لم تنهض حجة على ما ادعى أصحابها نعرج نحو

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٣٧٣/٤).

ترجيح ما يعضده الدليل فهو القول بأن التلقي حرام مطلقاً، لكن العقد صحيح غير لازم، فللجالب الخيار إذا وصل السوق وهذا ما يدل عليه صراحة الحديث الصحيح الذي رواه مسلم وأصحاب السنن بسندهم عن أبي هريرة قال: «نهى النبي ﷺ أن يتلقى الجلب فإن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذاورد السوق»[1]. فهذا الحديث الصحيح يدل على صحة البيع، لأنه لم يحكم عليه بالبطلان بل أثبت الخيار، والخيار إنما يكون في بيع صحيح غير لازم، كما أن الحديث نص في إثبات الخيار لصاحب السلعة، ولا يخفى أن ذلك يشير إلى أن النهي لأجل وجود الضرر للبائع وإمكان خداعه وأن الخيار منح له حتى يتسنى له بعد دخوله السوق أن يرفع الضرر الذي لحقه، ويدفع عنه الحيف الذي ناله.

ومن جهة أخرى فمهما سلمنا بأن في التلقي خداعاً وتغريراً لكن ذلك لا يؤدي إلى إبطال العقد وفساده وهذا ما يدل عليه صراحة حديث صحيح رواه البخاري وغيره بسندهم عن حكيم بن حزام عن النبي ﷺ قال: «. . . فإن صدقا ـ أي العاقدان ـ وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما»[2]. قال الحافظ ابن حجر: «فلم يبطل بيعهما بالكذب والكتمان للعيب»[3]، فالخديعة توجب الخيار، لا البطلان كما في التصرية ونحوها.

ثم إن حديث مسلم قد رتب على التلقي الخيار مطلقاً سواء كان قريباً أم بعيداً وسواء كان لأجل الشراء منهم أم لا وإنما المهم أن يكون بيع المتلقي من جالب السلعة قبل دخوله السوق، غير أن الحديث في الوقت الذي أطلق لفظ التلقي قيد الخيار بوروده في السوق، فقال: «فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق» وعند مسلم أيضاً: «. . . فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»، فالذي أفهمه من هذا النص الشريف أن هذا التقييد لأجل كشف الحقيقة لصاحب السلعة، بحيث إذا ورد السوق واطلع على الأسعار فوجد أنه قد لحقه غبن في تعاقده مع المتلقي حيث وجد أن بيعها له كان بأقل من ثمن المثل، أو أن شراءه من المتلقي كان بأكثر من ثمن المثل فله الخيار، وإلا فالعقد

---

(١) هذا لفظ أصحاب السنن، ولفظ مسلم قريب منه وهو: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار».

انظر: صحيح مسلم (١١٥٧/٣)؛ وسنن الترمذي مع تحفة الأحوذي (٤١٣/٤)؛ وسنن أبي داود مع العون (٣٠٣/٩)؛ والنسائي.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٣١٢/٤).

(٣) فتح الباري (٣٧٤/٤).

ماضٍ ونافذ؛ إذا لم يتحقق الخداع أو ما يدل عليه، وذلك لأن الخيار لو كان مطلقاً لما كان هناك حاجة إلى تقييده بكون الجالب أن يرد السوق، ولكان الحديث: فإن تلقاه. . . فصاحب السلعة بالخيار» ولكان الخيار مبنياً على التلقي المجرد. هذا والله تعالى أعلم بالمراد. هذا وقد ذكر الخطابي ما يشير إلى هذا المعنى فقال: «أما النهي عن تلقي السلع قبل ورودها للسوق فالمعنى في ذلك كراهية الغبن، ويشبه أن يكون قد تقدم من عـادة أولـئك أن يتلقوا الركبان قبل أن يقدموا البلد ويعرفوا سعر السوق فيخبروهم أن السعر ساقط والسوق كاسدة والرغبة قليلة حتى يخدعوهم عما في أيديهم، ويبتاعون منهم بالوكس من الثمن فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك وجعل للبائع الخيار إذا قدم السوق فوجد الأمر بخلاف ما قالوا»[1].

ثالثاً ـ أثر الكذب في التصرفات القائمة على الأمانة:

نذكر هنا التعريف بهذه التصرفات وأحكامها بإيجاز، ثمَّ أثر الكذب فيها وتلك التصرفات هي المرابحة[2] والمواضعة، والتولية والإشراك والاسترسال.

١ ـ المرابحة لغة مصدر رابح يرابح فيقال: رابحتـه على سلعته أي أعطيته ربحاً[3]. وفي الاصطلاح الفقهي هي عقد بني الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة ربح معلوم» بأن كان المشتري قد اشترى المعقود عليه بمائة دينار ثمَّ يقول لمن يعلم ثمنه: بعتك بمثل ما اشتريت به وربح عشرة من المائة (١٠٪) أو أن يقول: اشتريته بمائة وقد بعتكه بمائتين وربح عشرة بالمائة (١٠٪) وحينئذٍ لا يجب أن يذكر الثمن أثناء العقد لكن لو قال: بعت بما قام عليَّ وربح كذا فيدخل فيه مع الثمن أجرة الكيال، والدلال، والنقل ونحوها، ولا بدَّ حينئذٍ أن يخبر عمَّا قام عليه حتى يكون معلوماً[4]. وقد اشتهرت بعض صور المرابحة بين السلف ببيع (ده يازده) و (ده.

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٣٠٣/٩).

(٢) وقد عمم بعض المالكية المرابحة لتشمل الوضيعة والمساواة.
يراجع: الشرح الكبير مع الدسوقي (١٥٩/٣)؛ وشرح الخرشي (١٧١/٥).

(٣) القاموس المحيط (٢٢٩/١)؛ والمصباح المنير (٢٣٠/١).

(٤) يراجع في تفصيل ذلك: فتح القدير (٢٥٢/٥)؛ والشروط الصغير للطحاوي (٢٥٤/١)؛ والمختار في شرح الكتاب ص (٢٤٨)؛ وبدائع الصنائع (٣١٩٣/٧)؛ وشرح الخرشي (١٧١/٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٥٩/٢)؛ والأم (٨٢/٣)؛ والمهذب (٢٨٨/١)؛ والمنهاجَ مع شرح المحلي وحاشيتي القليوبي وعميرة (٢٢٢/٢)؛ وتحفة المحتاج على المنهاج (٤٢٧/٤)؛ والمغني لابن قدامة (١٩٩/٤)؛ والإنصاف (٤٣٨/٤)؛ والمحلى لابن حزم (٦٢٥/٩)؛ وتذكرة الفقهاء (٤٤١/٧)؛ والبحر الزخار (٣٧٧/٤).

دوازده)[1]، أي بيع المبيع بما اشترى به مع زيادة واحد من عشرة، فيكون الثمن المطلوب لكل عشرة دراهم أحد عشر درهماً، أو مع زيادة اثنين من عشرة فيكون الثمن المطلوب لكل عشرة دراهم اثني عشر درهماً حيث روي عن ابن مسعود أنَّه كان لا يرى بأساً بهاتين الصورتين إذا لم يأخذ البائع فيهما للنفقة ربحاً[2]، وقد أثر مثل ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح وابن سيرين والنخعي والثوري[3]. في حين ذهب جماعة منهم إلى عدم جواز ذلك[4]. ولا يشترط في المرابحة أن يكون المعقود عليه قد قام بشرائه العاقد بل يجوز أن يكون تمليكه له بهبة أو إرث أو نحوهما قال ابن الهمام: «وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية، وقومه بقيمته، ثمَّ باعه مرابحة على تلك القيمة أنَّه يجوز، وصورة هذه المسألة أن يقول: قيمته كذا أو رقمه كذا فأربحك على القيمة، أو رقمه، ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقداراً سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثمَّ يرابحه عليه»[5].

وقد اختلف الفقهاء في حكم المرابحة فذهب الجمهور إلى أنَّها جائزة[6] وذهب أحمد في رواية[7] والظاهرية[8] وإسحاق[9] إلى أنَّها حرام، وهذا الخلاف ليس في كل صورها، وإنَّما في بعض صورها قال ابن قدامة: «ولو قال: رأس مالي فيه مائة أو هو علي بمائة بعتك بها وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم فيه عند أحد كراهة»[10]، وإنما الخلاف فيما لو قاله على صيغة الشرط بأن يقول بعتك بما اشتريت به ـ وهو مائة ـ على أن تربحني واحدة من عشرة أو أن تربحني للدينار درهماً، أو قال: (ده يازده) أو (ده وازده) فهذا فيه الخلاف المذكور بل لم يجوز الحنفية بيع (ده يازده)

---

(١) هذه الكلمات فارسية كردية فمعنى «ده» عشرة و«يازده» أحد عشر و«دوازده» اثنا عشر فمعنى الجملة الأولى أبيعك كل ما هو ثمنه عشرة بأحد عشر، ومعنى الثانية كل عشرة باثني عشر درهماً ـ مثلاً.

يراجع فتح العزيز (٩/٥)؛ والروضة (٣/٥٣٧)؛ والغاية القصوى (١/٤٨٧)؛ والمصادر السابقة.

(٢) رواه عنه ابن حزم بسنده في المحلي (٩/٦٢٦)؛ ويراجع المهذب (١/٢٨٨).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/٦٢٦)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٩٩).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) فتح القدير (٥/٢٥٣).

(٦) فتح القدير (٥/٢٥٤)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/١٥٩)؛ والروضة (٣/٥٣٧).

(٧) الإنصاف (٤/٤٣٨).

(٨) المحلى لابن حزم (١/٦٢٥).

(٩) المغني (٤/١١١).

(١٠) المصدر السابق نفسه.

و (ده دوازده)[1]. ثمَّ إنَّ بعض الذين ذهبوا إلى صحة عقد المرابحة لم ينفوا عنها كراهتها[2].

وأما الظاهرية[3] وأحمد في رواية[4] فقالوا: إنَّ عقد المرابحة لا يصح قال ابن حزم: «ولا يحل البيع على أن تربحني الدينار درهماً... فإن وقع فهو مفسوخ أبداً»[5]. ولا يخفى أن قول الظاهرية هذا ينطلق من مبدئهم القاضي بأن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله ﷺ فهو باطل، قال ابن حزم: «برهان ذلك أنَّ البيع على أن تربحني كذا شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، والعقد به باطل، وأيضاً فإنَّه بيع بثمن مجهول»[6].

وأما الجمهور فقد بنوا صحة المرابحة على أنها عقد توفرت فيه أركانه وشروطه، وليس فيها ما يمنع من صحتها، كما أنَّهم لم يسلموا أنها عقد وشرط، إذ كل ما فيها هو توضيح لأصل الثمن ونسبة الربح وهذا مما لا يؤثر في صحة العقد، كما أنَّهم لم يسلموا أنَّ فيها جهالة، إذ الإمعان في النسبة يكشف فوراً الحجاب عن حقيقة الثمن، ولو سلم أنَّ فيها جهالة فهي يسيرة مغتفرة في العقود، إذ يمكن رفعها بمجرد عملية حسابية لا يغيب مثلها عن بال التاجر أو العاقد العادي[7]. وهذا الرأي هو الذي يظهر رجحانه، وذلك لأنَّ المرابحة عقد مستجمع لجميع شرائط الجواز، وأنَّ الناس كانوا يتعاملون بها منذ الصدر الأول[8]، كما أنَّ الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيوع، لأنَّ الشخص الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على عقل الذكي المهتدي وعمله في التجارة، فتطيب نفسه بمثل ما اشترى به وبزيادة ربح معلوم[9].

---

(1) فتح القدير (٥/٢٥٤).

(2) فقال أحمد بكراهتها، وذهب المالكية إلى أنها خلاف الأولى.
يراجع: الإنصاف (٤/٤٣٨)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٩٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٦٥٩).

(3) المحلى لابن حزم (١/٦٢٥).

(4) الإنصاف (٤/٤٣٨).

(5) المحلى (٩/٦٢٥).

(6) المصدر السابق نفسه، وأما أحمد في رواية فقد أرجع الكراهة وعدم الصحة إلى ما نقل عن بعض السلف من كراهة بعض صورها. ويراجع الإنصاف (٤/٤٣٨).

(7) المغني لابن قدامة (٤/١٩٩).

(8) المغني لابن قدامة (٤/١٩٩)؛ والإنصاف (٤/٢٣٨)؛ والعمدة مع شرحه العدة ص (٢٣١).

(9) يراجع: بدائع الصنائع (٧/٣١٩٢)؛ وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/٢٥٣ ـ ٢٥٤)؛

٢ ـ المواضعة وتسمى بالوضيعة، والمحاطة وهي كلها بمعنى واحد تعني ـ في اصطلاح الفقهاء ـ بيع الشيء بمثل الثمن الأول مع نقصان نسبة معلومة منه[١]، مثل أن يخبر برأس ماله ثمَّ يقول بعتك هذا به، مع حط واحد من عشرة مثلاً، أو وضعه اثنين من عشرة، ولا بد أن يكون الثمن معلوماً ليعلم قدر الحط والنقصان، وبالتالي قدر المطلوب من الثمن. •فالمواضعة كالمرابحة لكنها في النقص كما أنَّ المرابحة في الزيادة.

٣ ـ التولية: لغة مصدر ولي يولي ـ بتشديد اللام ـ فيقال وليته تولية أي جعلته والياً على كذا قال الفيروزآبـادي: والتولية في البيع: نقل ما ملكه بالعقد الأول، وبالثمن الأول من غير زيادة[٢]، ولا يختلف المعنى الفقهي عن هذا المعنى[٣].

قال المرغيناني: «والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح»[٤]، وذلك مثل أن يخبر شخص عن رأس مال سلعة اشتراها ثمَّ يقول له آخر: ولني ما اشتريته بالثمن، فقال: وليتك ـ أي يعطيه بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة ـ ولا بدَّ أن يكون الثمن معلوماً.

هذا وقد وردت بجواز التولية أحاديث منها ما رواه البخاري في صحيحه عن عائشة: أنَّ أبا بكر رضي الله عنهما قال: «فخذ ـ بأبي أنت يا رسول الله ـ إحدى راحلتي هاتين. قال رسول الله ﷺ: «بالثمن»[٥]، أي بالثمن الذي ابتعتها به كما ورد ذلك في بعض رواياته[٦]، ومنها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن سعيد ابن المسيب مرسلاً قال: قال النبي ﷺ: «التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به»[٧].

وفتح العزيز (٩/٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (١٥٩/٣)؛ والمغني لابن قدامة (١٩٩/٤)؛ والإنصاف (٤٣٨/٤)؛ والعدة ص (٢٣١)؛ وتذكرة الفقهاء (٤٤١/٧)؛ والبحر الزخار (٣٧٧/٤).

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) القاموس (٤٠٤/٤)؛ والمصباح (٢/ ٣٥٠).

(٣) يراجع في تفصيلات التولية وما يتعلق بها من كونها بعد القبض أو قبله في الطعام وغيره: فتح القدير مع شرح العناية (٢٥٣/٥)؛ واللباب ص (٢٤٨)؛ وبدائع الصنائع (٣١٩٤/٧)؛ والشروط الصغير للطحاوي (٢٤٥/١)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٥٦/٣)؛ وبلغة السالك (٥٠٠/٢)؛ وشرح الخرشي مع حاشية العدوي (١٦٧/٥)؛ والمهذب (٢٨٨/١)؛ وتحفة المحتاج (٤٢٣/٤)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢٢٠/٢)؛ والغاية القصوى (٤٨٧/١)؛ والمغني لابن قدامة (١٣١/٤)؛ وتذكرة الفقهاء (٤٦١/٧).

(٤) فتح القدير (٢٥٣/٥) وتراجع المصادر السابقة.

(٥) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب مناقب الأنصار (٢٣١/٧).

(٦) يراجع: نصب الراية (٣١/٤)؛ وفتح القدير (٢٥٣/٥).

(٧) المصنف لعبد الرزاق؛ ونصب الراية (٣١/٤).

ومرسل سعيد ابن المسيب يحتج به عند الكثيرين[١].

٤ ـ الإشراك والشركة في البيع[٢]، وهما هنا بمعنى واحد وهو أن يشترك أكثر من واحد في شيء فيقال: أشركه وشركه أي جعله شريكاً[٣].

وفي اصطلاح الفقهاء هو: نقل بعض المبيع بنسبته من الثمن المذكور في العقد الأول بلفظ: أشركتك أو نحوه، وذلك بأن يشتري شخص شيئاً بمائة دينار فيقول له الآخر أشركني في هذا العقد فيقول أشركتك فيه النصف بنصف الثمن، وهو بيع جائز عند الجمهور[٤].

وإذا دققنا النظر في مفهومي التولية والإشراك نجد أنَّ التولية أعم منه، وذلك لأنَّ الإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن[٥]، ويكون تعريف التولية أنها نقل المبيع كله أو بعضه بالثمن الأول كله أو بعضه من غير زيادة فهذا التعريف جامع وشامل لما يسمى بالإشراك أيضاً.

هذا وقد روى البخاري وغيره بسندهم عن زهرة بن معبد أنَّه كان يخرج به جده عبدالله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم فيقولان له: أشركنا، فإنَّ النبي ﷺ قد دعا لك بالبركة فيشركهم...»[٦]. وجه الاستدلال أنَّ هؤلاء الصحابة قد اشتركوا في البيع بالثمن الذي اشترى به، ولم ينقل عن غيرهم ما يخالف ذلك فيكون حجة»[٧].

٥ ـ عقد الاسترسال والاستئمان والاستسلام، والكل بمعنى واحد في عرف

---

(١) انظر: المجموع (١/٦٠ ـ ٦٣)؛ وأدب القاضي للماوردي (١/٣٩٨)؛ وفتح القدير (٥/٢٥٣)؛ والغاية القصوى (١/١٧٨ ـ ١٧٩).

(٢) يطلق لفظ «الإشراك» على هذا النوع من العقود دون قيد أما لفظ الشركة فحينما يراد بها الإشراك تذكر مع لفظ «في البيع» لأن «الشركة» عند إطلاقها يراد بها عقد الشركة المعروف.
يراجع: بلغة السالك (٢/٤٩٩)؛ وشرح الخرشي (٥/١٦٧).

(٣) القاموس المحيط (٣/٣١٨)؛ والمصباح المنير (١/٣٣٣).

(٤) يراجع: بدائع الصنائع (٧/٣١٩٤)؛ وبلغة السالك (٢/٤٩٩)، والقوانين الفقهية ص (٢٢٦)؛ وشرح الخرشي (٥/١٦٧)؛ والروضة (٣/٥٢٦)؛ وتحفة المحتاج (٤/٤٢٢)؛ وشرح المحلي على المنهاج مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٢٢١)؛ والمغني لابن قدامة (٤/١٣٢).

(٥) بدائع الصنائع (٧/٣١٩٤)؛ والمصادر السابقة.

(٦) صحيح البخاري مع الفتح (٥/١٣٦).

(٧) فتح الباري (٥/١٣٧).

الفقهاء الذين قالوا به، وهو أن يكشف الشخص المقدم على البيع أو الشراء أو نحوهما للعاقد الآخر، فيبين له أنَّه لا دراية له فيما هو مقدم عليه، فيضع ثقته عليه، ويستنصحه ويقبل نصحه، فيطلب منه أن يبيع منه، أو يشتري بما تبيع به الناس أو تشتري فيتم العقد بينهما على هذا الأساس[1].

وهذا النوع من العقود قال به المالكية[2] والحنابلة[3]، وأثبتوا فيه الخيار بأي غش أو خيانة، حتى بمجرد الكذب فيه.

والفرق بين الاسترسال والأنواع الأربعة السابقة ـ أي المرابحة وأخواتها ـ هو أنَّ الأساس في الاسترسال ليس الثمن الأصلي الذي اشترى به ـ كما هو الحال في المرابحة وأخواتها ـ وإنَّما هو سعر السوق ومن جهة ثانية أنَّ المؤتمن عليه في بيوع الأمانات الأربعة السابقة هو البائع فقط في حين أنَّ المؤتمن عليه في عقد الاسترسال قد يكون البائع وقد يكون المشتري[4]. ولنذكر هنا بعض نصوص لفقهائنا الأجلاء.

قال العلامة الدردير: «ولا يرد المبيع بغبن. . . إلَّا أن يستسلم المغبون، ويخبر صاحبه بجهله بأن يقول المشتري للبائع: بعني كما تبيع للناس، فإني لا أعلم القيمة، أو يقول البائع اشتر مني كما تشتري من غيري أو غير ذلك، أو يستأمنه بأن يقول أحدهما للآخر: ما قيمته لأشتري بها، أو لأبيع بها؟ فيقول له قيمته كذا، والحال أنَّه ليس كذلك، فهو تنويع ظاهري والمؤدى واحد، فله الرد حينئذٍ قطعاً أو لا يرد مطلقاً تردد، المعتمد منه الأول»[5]. وعلق عليه الدسوقي بأنَّ الخلاف داخل المذهب المالكي فيما لو حصل الغبن عن بيع وقع على وجه المكايسة، «وأما إن وقع على وجه الاستسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه فإنَّه يرد للرجوع للغش والخديعة حتى أنَّ

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/١٤٠)؛ وبلغة السالك (٢/٥٠٣)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٢٦)؛ والإنصاف (٤/٣٩٦).

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤٠)؛ وبلغة السالك (٢/٥٠٣). والقوانين الفقهية ص (٢٢٦)؛ والمواهب الجليل (٤/٤٧٣).

(٣) الإنصاف (٤/٣٩٦)؛ وكشاف القناع (٣/٢١٢).

(٤) وهذه التفرقة بينه وبينها ـ في نظرنا ـ هي التي دفعت بعض الباحثين ـ بحر العلوم: رسالته السابقة ص (٤٤٦) ـ إلى القول بأنَّ بيع الاسترسال يختلف عن بيوع الأمانات، لكن الذي يظهر لنا رجحانه هو أنَّ عقد الاسترسال أحد أنواع بيوع الأمانات لأنَّ مبناه على الأمانة ولهذا يتفق معها في إثبات الخيار إذا حصلت خيانة فيه، ولا يضيره في ذلك وجود هذين الفرقين لأنهما لا يمسان كون مبناه على الأمانة بشيء.

(٥) الشرح الكبير على مختصر خليل (٣/١٤٠).

بعضهم أنكر القول الثاني القائل بعدم الرد مطلقاً»[١]. وقال الحطاب: «وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن. وقال ابن حبيب: «إنَّ الاسترسال إنما يكون في البيع» فرد عليه الحطاب بقوله: «ولا فرق بين البيع والشراء...»[٢]. وقال العلامة المرداوي الحنبلي: «المسترسل هو الذي لا يحسن أن يماكس»، قاله الإمام أحمد، وفي لفظ عنه «وهو الذي لا يماكس» قال المصنف والشارح هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة، وقال في التلخيص: ... هو الذي لا يعرف سعر ما باعه، أو اشتراه... فتلخص أنَّ المسترسل هو الجاهل بالقيمة سواء كان بائعاً أو مشترياً... ويثبت الخيار للمسترسل في البيع والإجارة ونحوهما... إذا غبن على الصحيح من المذهب»[٣].

ويستخلص مما ذكرناه أنَّ القائلين بالاسترسال اشترطوا لتحققه وترتب الآثار عليه أن يكون الشخص المغبون جاهلاً بسعر السوق وأن لا يحسن المماكسة والتعامل، وأن يكون الشخص الذي اعتمد عليه قد كذب في سعر السوق[٤].

وذهب الحنفية[٥] والشافعية[٦] والإمامية[٧] إلى عدم الاعتراف بالاسترسال كعقد له حكمه وأثره فقالوا بعدم إثبات الخيار للمسترسل، لأنَّ نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع من لزوم العقد فشأنه في ذلك شأن غيره فتحكمه القواعد العامة للعقود دون أن يكون للاسترسال مزية.

واستدل المالكية والحنابلة على إثبات عقد الاسترسال وإثبات الخيار فيه أذا حصل غبن نتيجة كذبه معه في سعر السوق بأنَّه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان، ولأنَّه غش وتغرير فلا بدَّ أن ترفع آثاره وتزال وذلك بإثبات الخيار، كما يدل على ذلك أيضاً الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٤١).
(٢) مواهب الجليل (٤/٤٧٠).
(٣) الإنصاف (٤/٣٩٦ - ٣٩٧).
(٤) المصادر السابقة.
(٥) تحفة الفقهاء للعلاء السمرقندي (٢/١٣٦)؛ ورد المختار (٥/١٤٢).
(٦) الروضة (٣/٤٧٠...)؛ والمهذب (١/٢٩٢).
(٧) الروضة البهية للشهيد الثاني (٣/٤٦٣). وقد عالج الظاهرية هذا الموضوع في نطاق «الغبن» حيث إنَّ البيع بأكثر مما يساوي موجب للخيار. انظر: المحلي (٩/٤٥٢).

بسندهما عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنّه يخدع في البيوع فقال: «من بايعت فقل: لا خلابة»[1]. وروى أحمد وأصحاب السنن بسند صحيح عن أنس أنَّ رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وكان في عقدته ـ أي عقله ـ ضعف، فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله احجر على فلان... فدعاه ونهاه فقال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع، فقال: «إن كنت غير تارك للبيع فقل: ها وها ولا خلابة»[2]. أي يكون الثمن مساوياً للمثمن وبدون خدعة وتغرير، وفي رواية أخرى عند الحميدي في مسنده، والبخاري في تأريخه، والحاكم في مستدركه بزيادة: «ثمَّ إنَّ بالخيار ثلاثاً»[3]. وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنَّه أثبت الخيار لكل من يشترط هذا الشرط ثمَّ يجد الخدعة وعدم المساواة بين الثمن والمثمن، لأنَّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب والحادثة، والمسترسل ينطبق عليه هذا الحديث، لأنَّه قد كشف نفسه أمام العاقد الآخر وأخبره بأنَّه لا يعرف سعر السوق، واستنصحه، وكأنَّه يشترط بذلك عدم الخدعة والغبن وإن لم يصرح به نصاً، فإذا وجد غبن فقد تحقق خيانته وخدعته له، وهذا هو الراجح الذي نميل إليه وهو أنَّ عقد الاسترسال عقد قائم على الأمانة، فالخيانة فيه بالكذب في سعر السوق يجعل العقد غير لازم فيكون للآخر الخيار بين الرد والإمساك، وذلك لأنَّ رضاه كان قائماً على أن يكون سعر السوق وأنَّه يساوي هذا الثمن اعتماداً على ثقته في العاقد الآخر، فلما كذب عليه وانكشفت الحقيقة وعدم المساواة ظهر أنَّ الرضا به ليس كاملاً ومتنوراً فيثبت له الخيار.

أثر التغرير والكذب في العقود القائمة على الأمانة:

رتب الفقهاء القائلون بصحة هذه العقود القائمة على الأمانة بأنها يثبت بها الخيار إذا لم يكن الطرف المقابل صادقاً فيما أخبره به، وقد اشترطوا للزومها أن يبين العاقد الثمن الأول الذي اشتراه به في المرابحة، والمواضعة، والتولية، والإشراك، وأن يخبره سعر السوق في الاسترسال والاستئمان، وكذلك لا بدَّ أن يبين ما يحيط بالثمن بشكل يتبين فيه للعاقد الآخر قدر الثمن، وأجله، وما حط عنه، أو قدر ما قام عليه إن قال: بعتك بما قام علي، وكذلك لا بدَّ أن يذكر ما يتعلق بالمبيع من بقائه على حالته، أو تعيبه أو نحو ذلك[4].

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٣٧، ٥/٦٨، ٧٢)؛ ومسلم (٣/١١٦٥).

(٢) مسند أحمد (٢/٨٠، ١٢٩)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٤٥٥)؛ والنسائي (٧/٢٢٢)؛ وابن ماجه (٢/٧٥٣)؛ والموطأ ص (٤٢٥).

(٣) يراجع: منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار (٦/٣٢٩)؛ وتلخيص الحبير (٣/٢٠).

(٤) المصادر السابقة أنفسها.

ولما كانت هذه العقود مبنية على الأمانة والثقة جعلوا أي تجاوز عن حدودها خديعة وتغريراً حتى جعلوا مجرد الكذب في الثمن أو في سعر السوق تغريراً يؤثر في العقد إما يجعله غير لازم، أو بإعطاء صاحبه حق الحط منه بقدر الخيانة، فلقد ذهب المالكية[١] والزيدية[٢] والإمامية[٣] والشافعية في قول[٤] ومحمد صاحب أبي حنيفة في المرابحة والتولية وأبو حنيفة في المرابحة فقط[٥] إلى أنَّ الكذب في الثمن وفي سعر السوق في الاسترسال عند من يقول به - يؤثر في هذه البيوع القائمة على الأمانة فيجعلها غير لازم بحيث يكون للطرف المكذوب عليه حق الخيار بين الرد والإمساك إذا لم يرض البائع بحط المكذوب به وربحه عنه، أما إذا غش فله الخيار بين الرد والإمساك وذهب الحنابلة إلى أنَّ العاقد الآخر له الخيار إذا كان الكذب في كون الثمن مؤجلاً بأن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين ذلك للمشتري فيكون له الخيار بين الرد والإمساك، كما أثبتوا الخيار في بيع وشراء المستأمن إذا خانه صاحبه[٦].

وذهب الشافعية في الراجح من القولين[٧] والحنابلة[٨] فيما عدا الكذب في كون الثمن مؤجلاً، وعدا الاسترسال إلى أنَّ البائع إذا كذب في الثمن قدره، أو صفته يحط من الثمن بهذا القدر، فلو قال: اشتريته بمائة، وباعه بها مع ربح نسبة معلومة كعشرة من المائة، ثمَّ بان ببينة أو إقرار أنه اشتراه بتسعين - مثلاً - فتحط الزيادة، ويحسب الربح بناء على هذا القدر - وهو تسعون - وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى[٩] وإليه ذهب أبو يوسف في المرابحة والتولية، وأبو حنيفة في التولية فقط[١٠].

ولنستشهد هنا ببعض نصوص الفقهاء ليبرز رأي كل مذهب بصورة أكثر وضوحاً.

---

(١) المدونة (١٠/٥٩ - ٦٢)؛ وشرح الخرشي (٥/١٨٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤٠)؛ وبلغة السالك (٢/٥٠٩)؛ والقوانين الفقهية ص (٢٢٦).
(٢) البحر الزخار (٤/٣٧٩).
(٣) تذكرة الفقهاء (٧/٤٤١)؛ وشرائع الإسلام (٢/٤١).
(٤) الأم (٣/٨٣)؛ والروضة (٣/٥٢٩ـ ٥٣٣)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٢٢٣).
(٥) بدائع الصنائع (٧/٣٢٠١).
(٦) الإنصاف (٤/٣٩٦، ٤٣٩).
(٧) الروضة (٣/٥٢٩ـ ٥٣٣)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/٢٢٣).
(٨) المغني لابن قدامة (٤/١٩٩).
(٩) المصدر السابق.
(١٠) بدائع الصنائع (٧/٣٢٠٦).

قال الكاساني: «إذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا يخلو إمَّا إن ظهرت في صفة الثمن، وإما إن ظهرت في قدره، فإن ظهرت في صفة الثمن بأن اشترى شيئاً بنسيئة، ثم باعه مرابحة على الثمن الأول ولم يبين أنه اشتراه نسيئة، أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار بالإجماع - أي إجماع علماء الحنفية - إن شاء أخذه، وإن شاء رده، لأن المرابحة عقد بني على الأمانة، لأن المشتري اعتمد البائع وائتمنه في الخبر عن الثمن الأول فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب. . . وإن ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المرابحة والتولية بأن قال: اشتريت بعشرة وبعتك بربح ده بازده أو قال: اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت، ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف في حكمه: قال أبو حنيفة عليه الرحمة: المشتري بالخيار في المرابحة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، وفي التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ويلزم العقد بالثمن الباقي، وقال أبو يوسف: لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم في التولية، ودرهم في المرابحة وحصة من الربح وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم، قال محمد رحمه الله: له الخيار فيهما جميعاً إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده على البائع. . .»(١). وقال ابن جزي المالكي: «لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن، فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرده إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء. . . ولا يجوز الغش في المرابحة ولا في غيرها، ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري، أو ما يقلل رغبته فيها وإن لم يكن عيباً كطول بقائها عنده، أو تغيير سوقها، أو إدخالها في تركة ليس منها فإن فعل ذلك فالمشتري مخير بين أن يمسكها بجميع الثمن أو يرد كمسألة الكذب إلا أنه لا يلزمه الشراء إن حط عنه البائع بعض الثمن لأجل ما كتمه بخلاف الكذب. . .»(٢).

وقال النووي: «بيع المرابحة مبني على الأمانة فعلى البائع الصدق في الإخبار عما

---

(١) بدائع الصنائع (٧/٣٢٠٦ ـ ٣٢٠٧).

(٢) القوانين الفقهية ص (٢٢٦ ـ ٢٢٧)، وقال العلامة الدردير: «فإن فاتت ـ أي السلعة ـ بيد المشتري ففي العشر يلزم المشتري الأقل من الثمن الذي وقع به البيع، والقيمة وفي الكذب خير المشتري بين الصحيح وربحه، أو القيمة يوم قبضه ولا ربح لها ما لم ترد القيمة على الكذب وربحه، فإن زادت عليهما لم يلزم الزائد. . . والمدلس هنا ـ أي في المرابحة ـ كغيره ـ أي كالمدلس في غيرها ـ يخير المشتري في الرد والتماسك. .».

اشترى به، وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيام... ويجب الإخبار بالعيوب الحادثة في يده، ولو اشتراه بغبن يلزم الإخبار به على الأصح عند الأكثرين، واختار الإمام الـغزالي أنه لا يلزم... ولو اشتراه بثمن مؤجل وجب الإخبار به على الصحيح... ولو قال: اشتريت بمائة وباعه مرابحة، ثم بان أنه اشتراه بتسعين بإقراره أو ببينة فالبيع صحيح على الصحيح فعلى هذا كذبه ضربان: خيانة وغلط، وفي الضربين قولان: أظهرهما يحكم بسقوط الزيادة وحصتهما من الربح،... وأما في صورة الغلط فله الخيار قطعاً»[1].

قال ابن قدامة: «متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ثم علم ببينة أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب، وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال وهو عشرة، وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهماً»[2].

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بالخيار حيث إن إلزام البائع بالحط قد يؤدي إلى عدم رضاه، لذلك فالقول بإثبات الخيار في عقود الأمانات عند ثبوت الكذب أو الخيانة هو المعالجة الناجعة فيها، فهي قائمة على الأمانة، وأن الثمن في هذه البياعات غير الاستئمان، وسعر السوق فيه يحتلان مكانة مهمة وخطيرة حيث تدور الصفقة معهما

---

(١) الروضة (٣/٥٢٩ ـ ٥٣٣). وقال في المنهاج مع شرحه المحلي (٢/٢٢٣): «فلو قال: اشتريته بمائة فبان بتسعين فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها ولا خيار للمشتري» قال العلاّمة المحلي «لأنه قد رضي بالأكثر فأولى أن يرضى بالأقل، وعلى القول الثاني له الخيار».

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٩٩). وقال موفق الدين الحنبلي في العمدة مع شرحه العدة ص (٢٣٢): «وإن بان أنه غلط على نفسه خير المشتري بين رده وإعطائه ما غلط به، وإن بان أنه مؤجل ولم يخبره بتأجيله فله الخيار بين رده وإمساكه».

وهكذا الأمر عند الزيدية فقد ذكر ابن المرتضى الزيدي في البحر الزخار (٤/٣٧٨ ـ ٣٧٩)، أن الخيانة في الثمن أو المبيع توجب الخيار للمشتري إذا كانت السلعة باقية، أما إذا تلفت فللمشتري الأرش».

وكذلك الأمر عند الإمامية حيث ذكر العلامة الحلي في تذكرة الفقهاء (٧/٤٤١): «إن الكذ ب في الثمن والربح يعتبر تدليساً وتغريراً فحينئذ يكون للمشتري مطالبة البائع بالحط عنه بقدر المكذب به، فإن فعل فذلك وإلا فيثبت له الخيار بين الرد والإمساك، ولا فرق بين أن يثبت الكذب في قدر الثمن، أو جنسه، أو وصفه أو حلوله، أو قلة أجله».

ويراجع: شرائع الإسلام (٢/٤١).

وتقوم عليه ففي هذه العقود يحتكم المشتري إلى ضمير البائع، ويطمئن إلى أمانته فيشتري منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة فحينئذ يكون المشتري إما أن يزيد فيها قدراً معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلي فيسمى مرابحة، وإما أن ينقصه قدراً معلوماً يطرح من الثمن الأصلي فيسمى البيع مواضعة ووضيعة، وأما أن لا يزيد ولا ينقص بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصلي فيسمى تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، وإشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بمقابلة نسبته من الثمن وأما الاستئمان فهو أيضاً مبني على سعر السوق، ولذلك طلب الشارع من العاقد أن يكون على قمة النزاهة والأمانة، حيث إن المشتري إنما يعقد الصفقة على هذا الأساس، ولا يرتضي لها أساساً آخر من المساومة والتأكد من الثمن الحقيقي، فإذا اختل هذا الأساس فقد اختل الرضا قال الكاساني: «وأما بيان ما يجب بيانه في المرابحة وما لا يجب فالأصل فيه أن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة، لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة، ولا استحلاف فتجب صيانتها عن الخيانة، وعن سبب الخيانة، والتهمة، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن»(١).

ومن هنا يكون مجرد الكذب في بيان هذا الأساس خيانة وغشاً يزعزع العقد على أساسه، فإذا لم يكن عليه جزاء صارم فقد يتخذ وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل والكذب، ولذلك لم يكتف الفقهاء عن البائع ببيان مجمل عن الثمن، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف فلا بد أن يذكر كون الثمن معجلاً أو نسيئة، نقداً، أو مقسطاً، كما أنه لا بدّ أن يبين إن كان قد دفعه نقداً، أو بدين على بائعه، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق المماكسة، والمساومة، أو على سبيل الصلح، ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها، أو هي تعيبت عنده، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه، أو بفعل الغير، أو قضاء وقدراً كل أولئك أوصاف وملابسات تؤثر في رضاء المشتري بالصفقة التي بناها على الثقة وافترض فيها الكمال، فالكذب في الثمن يجعل الصفقة في حالة لم يتحقق فيها الرضا الكامل الذي بناه صاحبه على بياناته(٢)، فإذا لم تكن بياناته حول الثمن صحيحة لم تتحقق الأمانة، قال الكاساني: «وأما الخيار فللخلل في الرضا، لأن الإنسان قد يرضى بشراء شيء بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن فإذا لم يعرف اختل رضاه، واختلال الرضا يوجب الخيار»(٣). ولذلك نرى

---

(١) بدائع الصنائع (٣٢٠٠/٧).

(٢) بدائع الصنائع (٣١٩٣/٧ ـ ٣٢١١)؛ والكافي لابن عبد البر (٧٠٥/٢)؛ والمصادر اسابقة.

(٣) بدائع الصنائع (٣١٩٣/٧).

بعض الفقهاء يطلقون على هذا النوع من الخيار: خيار الخيانة(١). وقد أكد ذلك السرخسي حيث ذكر أن بيع المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة، ويتحرز فيه عن كل كذب، فالمشتري بالخيار إذا علم بالتدليس الموجود من البائع، وذلك لأن المشتري إنما التزم ربحاً بناء على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن، فلو علم أنه اشتراه بالنسيئة ـ مثلاً ـ لم يرغب في شرائه بالنقد وهكذا(٢).

النوع الثالث: التدليس بالكتمان:

وذلك بأن يكتم العاقد عيباً موجوداً في المبيع عند العقد(٣)، أي كان يعلم أثناء التعاقد أن في المعقود عليه عيباً ينقص به الثمن لدى التجار(٤). ومع ذلك لا يذكره للعاقد الآخر الذي ليس لديه علم به. لقد صرح الفقهاء بأن الأصل في العقد سلامة المعقود عليه من العيوب كما صرحوا بأن مقتضاه السلامة منها، وبناء على هذا فقد اتفقوا على أن التدليس بكتمان العيب يوجب الخيار للمدلس عليه(٥). قال ابن قدامة:

(١) النتف من الفتاوى للسفدي (١/٤٥٥، ٢/٨٩٠)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٣٨/٥).

(٢) المبسوط (٧٨/١٣). وراجع في هذا المعنى فتح القدير (٢٥٦/٥)؛ والمدونة (٥٩/١٠)؛ والمصادر السابقة.

(٣) يراجع: فتح القدير (١٥١/٥)؛ وبدائع الصنائع (٣٣١٨/٧)؛ والبحر الرائق (٣٩/٦)؛ وبداية المجتهد (١٧٣/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (١٠٨/٣).

(٤) بدائع الصنائع (٣٣١٨/٧)؛ وبداية المجتهد (١٧٤/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (١٠٨/٣)؛ والغاية القصوى (٤٨٠/١)؛ والمغني لابن قدامة (١٥٩/٤).

وقد أعاد بعض الفقهاء تعريف العيب إلى العرف فقال الشيرازي في المهذب (٢٨٦/١)، وأبو عبدالله الدمشقي في: رحمة الأمة ص (١٤١): «والعيب الذي يرد به البيع هو ما يعده الناس عيباً، فإن خفي رجع فيه إلى أهل الخبرة» وفصل فيه الزركشي فقال: «العيوب المعتبرة في الشرع ثمانية أقسام منها:

عيب المبيع وهو ما نقص المالية، ومثله الهبة بعوض، ومنها عيب الإجارة وهو ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر تفاوت الأجرة، ومنها عيب النكاح وهو ما ينفر عن الوطء ويكسر شهوة التواق. . .

انظر: المنثور في القواعد (٤٢٥/٢).

وقال الخليل مع الدردير: «ورد ـ أي المعقود عليه ـ بما العادة السلامة منه مما ينقص الثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو يخاف عاقبته».

الشرح الكبير مع الدسوقي (١٠٨/٣)؛ والمحلى لابن حزم (٧٣٠/٩).

(٥) المصادر السابقة.

«متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار سواء كان البائع علم العيب وكتمه ـ أي فيكون تدليساً بالكتمان ـ أو لم يعلم لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً، فإثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية[1] تنبيه على ثبوته بالعيب، ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب. . . ولأن الأصل السلامة، والعيب حادث أو مخالف للظاهر، فعند الإطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعروض، وكان له الرد، وأخذ الثمن كاملاً»[2]. وقال العلامة البابرتي: «إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار. . . لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة. . ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير، لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به»[3]. وعلل ابن الهمام ذلك بقوله: «. . . ، لأن السلامة لما كانت هي الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها، ولأن العادة أن القصد يتجه إلى ما هو متحقق عن كل وجه، لأن دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف إليه إلا بذكره وتعيينه، ولما كان القصد إلى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده. . .»[4].

هذا وقد عالج الفقه الإسلامي هذا الموضوع بشكل مستفيض من خلال ما سماه بخيار العيب حيث إن وجود عيب في المعقود عليه لم يعلم به العاقد الآخر موجب للخيار سواء كان علم به العاقد المستفيد ـ فيكون تدليساً بالكتمان ـ أم لم يعلم به[5]. قال الشيرازي: «ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، فإن باع ولم يبين العيب صح البيع مع ثبوت الخيار له، فإن لم يعلم بالعيب واشتراه، ثم

(١) سبق تخريجه.

(٢) المغني (١٥٩/٤).

(٣) شرح العناية على الهداية (١٥١/٥ ـ ١٥٢).

(٤) فتح القدير (١٥٢/٥).

(٥) يراجع في تفصيل خيار العيب: فتح القدير (١٥١/٥)؛ وبدائع الصنائع (٣٣١٨/٧)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣/٥)؛ ومجمع الأنهر (٤٠/٢)؛ وبلغة السالك (٤٥٠/٢)؛ وبداية المجتهد (١٧٤/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (١٠٨/٣)؛ وشرح الخرشي (١٣٥/٥)؛ وشرح تحفة الحكام لابن ميارة (٣٢/٢)؛ والأم (٥٩/٣)؛ والروضة (٢٧٠/٣)؛ والغاية القصوى (٤٧٨/١)؛ والمهذب (٢٨٦/١)؛ والوجيز (١٤٣/١)؛ وتكملة المجموع للسبكي (١٢١/١٢)؛ والمغني لابن قدامة (١٧٣/٤)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٢٩)؛ وحاشية الروض المربع (٤٤١/٤)؛ والمحلى لابن حزم (٥٧٥/٩)؛ وشرائع الإسلام (١٧٦/١)؛ والبحر الزخار (٣٥٦/٤).

علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن»[1].

وحينئذ يثور سؤال حول جدوى القول بخيار التدليس بكتمان العيب بعد القول بأن وجود العيب بوحده سبب كاف في الخيار وبعبارة أخرى: إذا كان العيب بوحده سبباً للخيار، فما فائدة القول بخيار التدليس بكتمان العيب، فهل هناك فرق بينهما؟

للجواب عن ذلك نقول: إنه توجد آثار تترتب على القول بخيار التدليس بكتمان

---

(١) اختلف الفقهاء في البيع بشرط البراءة عن كل عيب فذهب الحنفية، والشافعي في قول، وأحمد في رواية ـ وهو مروي عن ابن عمر ـ إلى صحته، وأن البائع يبرأ به عن كل عيب قائم وقت العقد سواء كان يعلم به أم لا، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضاً خلافاً لمحمد في الحادث وسواء كان في حيوان أو في غيره وذهب مالك فيما عدا الرقيق والشافعي في قول، وأحمد في رواية إلى أن العقد صحيح لكن الشرط باطل، فلا يبرأ به البائع مطلقاً سواء علم به أو لم يعلم قال المرداوي الحنبلي: «وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب».

وذهب الظاهرية، والشافعي في قول، وأحمد في رواية إلى أن العقد فاسد.

وذهب الشافعي في القول الراجح وأحمد في رواية إلى أنه لا يبرأ إلا من العيوب التي كان لا يعلم بها، فعلى هذا يسقط عنه خيار العيب ولا يسقط خيار التدليس، وهذا مروي عن عثمان وزيد بن ثابت، وهو قول لمالك في الرقيق خاصة، وفي رواية عنه في الحيوان مطلقاً، قال الشافعي: «فالذي نذهب إليه قضاء عثمان أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمعه البائع . . ».

والذي يظهر رجحانه أن البيع بشرط االبراءة من العيوب صحيح وأنه يبرأ به عن كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ به عن عيب علمه فكتمه لأنه تدليس وغش، وذلك لما روى أن عبدالله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم» قال ابن قدامة: «وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكان إجماعاً».

لكن دعوى الإجماع يمنع من التسليم بها أنه روي عن ابن عمر القول بأن البراءة عن كل عيب جائزة ونافذة.

انظر: فتح القدير (١٨٢/٥)؛ وبدائع الصنائع (٣٠٨٠/٧)؛ والكافي لابن عبد البر (٧١٢/٢)؛ وبداية المجتهد (١٨٤/٢)؛ وبلغة السالك (٤٦١/٢)؛ والأم (٦٢/٣)؛ والروضة (٤٧٠/٣)؛ والغاية القصوى (٤٧٩/١)؛ والمغني لابن قدامة (١٩٧/٤)؛ والإنصاف (٣٥٩/٤)؛ والإفصاح ص (٣٤٧)؛ والمحلى لابن حزم (٩٧٥/٩).

العيب لا تتوفر في القول بخيار العيب نتيجة فروق جوهرية بينهما وهي أولاً: أن خيار العيب لا يشترط فيه علم البائع ـ مثلاً ـ بالعيب فهو منوط بظهور عيب كان موجوداً أثناء العقد سواء كان علم به أم لم يعلم، وأما خيار التدليس فإنما يتحقق إذا كان قد علم ثم أخفاه عن المشتري، بل قد يستعمل طرقاً احتيالية لإخفاء العيب حتى لا يراه هذا في كتمان العيوب، وأما من حيث مفهوم التدليس فهو أعم من الكتمان كما سبق فقد يكون بكتمان عيب، وقد يكون بإيهام وجود بعض صفات مرغوبة في المعقود عليه ـ كما سبق ـ.

ثانياً: أن الإبراء من العيوب إذا كان يسقط خيار العيب عند جماعة من الفقهاء[1] لكنه لا يسقط خيار التدليس، إذ هو لا يؤثر عندهم في عيب علمه ثم أخفاه، فلو علم بالعيب ثم باعه بشرط البراءة منه ثم اطلع عليه المشتري فإن حقه في الخيار لا يسقط لأنه دلس عليه والسبب في ذلك أن البائع في المسألة الأولى كان جاهلاً بوجود العيب وشرط هذا الشرط للاحتياط وليس للاحتيال فيكون شرطه صحيحاً مسقطاً الضمان عليه بقبول المشتري هذا الشرط، وأما البائع في المسألة الثانية فقد كان عالماً بالعيب فكتمه، ثم اشترط هذا الشرط تهرباً من أثره واحتيالاً فيعاقب بنقيض قصده، لأنه أقدم على العقد بسوء نية[2].

ثالثاً: إذا كان الجزاء المترتب على وجود العيب يتفق مع جزاء المترتب على التدليس بالعيب وهو الخيار غير أن طبيعة الجزاء تختلف من حيث الوصف حيث إن عمل المدلس حرام وقد يعاقب بعقوبة تعزيرية في حين أن وجود العيب لا يؤدي إلى ذلك، فقد قال ﷺ: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بيّنه له»[3]. قال ابن قدامة: «وسواء في التدليس ما علم به فكتمه، وما ستره فكلاهما تدليس حرام»[4].

النوع الرابع: التدليس من الغير:

ذكرنا أثناء التقسيم أن الغش ـ أو التدليس ـ كما أنه يمكن أن يكون من أحد المتعاقدين فكذلك يمكن أن يكون من غيرهما، ولا يخفى أن أبرز تطبيق للتدليس من الغير هو بيع النجش كما سبق، وقد ألحق الفقهاء به كثيراً من المسائل، والشرط الأساسي في التدليس من الغير هو أن يكون بتواطء من العاقد المستفيد أو على علم

---

(١) مصادر الهامش السابق.

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٩٧ ـ ١٩٨).

(٣) رواه ابن ماجه في سننه كتاب التجارات (٢/٧٥٥). ويراجع نيل الأوطار (٦/٣٦٩).

(٤) المغني لابن قدامة (٤/١٦٧).

به، أو يفرض أن يكون قد علم به، قال الحصكفي: «وإن غره ـ أي غر المشتري البائع أو بالعكس ـ أو غره الدلال فله الرد»[1]. ويفهم من تقييد التغرير من الدلال أن السبب في ذلك هو أنّ الدلال ليس غريباً عن العقد فهو أمين البائع ـ أو المشتري ـ وما يصدر منه لا بد وأن يكون بتواطء معه أو يفرض ذلك، أي لا يغيب عن العاقد المستفيد، أو لو أراد أن يعلمه لكان بإمكانه ذلك، فلهذا فالتغرير الذي يقوم به الدلال أو نحوه يكون في الغالب معلوماً للعاقد المستفيد، أو يستطيع أن يعلم به لذلك فيحاسب عليه[2]. قال العلامة السبكي ـ في سبب إطلاق وجوب بيان العيب مطلقاً في الحديث دون تقييده بالعلم: «وليس في شيء من الروايات تقييد حرمة كتمان العيب بالعلم وإن كان العلم لا بد منه في التكليف ولكن ترك ذكره كما في الحديث أبلغ في الزجر عن ذلك، وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ولكنه متمكن من الإطلاع عليه، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه، فإهماله لذلك وتركه الاستكشاف. . . تفريط منه لا يمنع تعرضه للإثم بسببه»[3]. قال الشافعي: «وإذا اشترى الرجل الجارية قد دلس له فيها بعيب علمه البائع أو لم يعلمه فسواء في الحكم»[4].

هذا ولا يقف أثر التغرير والتدليس عند العقود المالية بل يتعدى إلى النكاح ونحوه بل اتفق الحنفية مع الجمهور في أن التغرير بالحرية يوجب الضمان لما يترتب عليه، بل ادعى القدوري على ذلك الإجماع فقال: «روي أن جارية غرت رجلاً فتزوجها فكانت عنده مدة فولدت منه أولاداً، ثم جاء صاحبها واستحقها فقضى عمر بالجارية لصاحبها بالعقد وبقيمة الأولاد، ولم يقض بقيمة منافعها التي كانت في يده واستوفاها وعن علي مثل ذلك ولم يخالفهما أحد فصار لشهرته إجماعاً»[5]. وقال الحصكفي: «الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث. . . الثالثة: إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت رجع على المخبر بقيمة الولد

(١) رد المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/١٤٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/١٤٤).

ويراجع الأستاذ السنهوري، مصادر الحق (٢/١٧٢).

(٣) تكملة المجموع للسبكي (١٢/١١١).

(٤) الأم (٣/٦٠).

(٥) تجريد القدوري، مخطوطة دار الكتب (٨٠٣ فقه حنفي جـ٢ ق ١)؛ ويراجع المحلى (١/٢٣٠).

المستحق»[1]. غير أنهم اختلفوا في التغرير بالعيوب الموجبة للفسخ والخيار فذهب الجمهور: المالكية، والشافعية، والحنابلة والإمامية إلى أنه إذا وجد بأحد الزوجين أحد العيوب الموجبة للفسخ لم يعلم به فللآخر الخيار في فسخ النكاح وهو مروي عن عمر ابن الخطاب وابنه وابن عباس وجابر وبه قال إسحاق والعيوب الموجبة للفسخ هي: الجنون والجذام والبرص إذا وجدت في أحدهما. والجب والعنة للرجل، والرتق، والقرت للمرأة.

وذهب الحنفية والظاهرية إلى أن النكاح لا ينفسخ بعيب لكن الحنفية قالوا إذا وجد بالزوج الجب، أو العنة فللزوجة الخيار، وتكون الفرقة طلاقاً بحكم القاضي وذلك ما قال به النخعي والثوري وروي عن علي أنه قال «لا ترد الحرة بعيب» وعن ابن مسعود أنه قال: «لا ينفسخ النكاح بعيب» ولا خلاف بينهم في أن الفسخ عند القائلين به يكون بحكم الحاكم[2]. وذهب بعض الفقهاء إلى أن العيوب الموجبة للنكاح لا تنحصر على ما ذكرناه بل يثبت الخيار بوجود سلس البول بأحدهما والباسور، والناسور، والقروح السيالة في الفرج، لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها، فقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار: أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر:

---

(١) در المختار مع حاشية ابن عابدين (١٤٥/٥).

(٢)يراجع في تفصيل هذه المسألة وما يتعلق بها فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٤٠٨/٢)؛ وبدائع الصنائع (١٥٢٦/٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٧/٣)؛ وبلغة السالك (١١٠/٢)؛ وبداية المجتهد (٥٠/٢)؛ والقوانين الفقهية ص(٨٥)؛ والأم (٧٤/٥)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢٦١/٣)؛ والغاية القصوى (٧٤١/٢)، والوجيز (١٨/٢)؛ والمغني لابن قدامة (٦٥٠/٦ ـ ٦٥٤)؛ والعدة شرح العمدة ص (٣٨٨)؛ والإجماع لابن المنذر ص (٧٧)؛ والمحلى لابن حزم (٢٢٨/١)، فقد ذكر في ص (٢٦٩) أيضاً أن: «من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما مطلقاً».

وما قاله مردود بكثير من الآثار وأحكام قضائية للسلف فراجعها في المحلى (٢٦٩/١١ ـ ٢٧٧)؛ والمغني لابن قدامة (٦٥٢/٦)؛ وشرائع الإسلام للحلي (٣٢/٢). وقد ذكر الأصفهاني الإمامي في وسيلة النجاة (٣٩٩/٢)، أن التدليس بكل وصف يعتبر نقصاناً يوجب الخيار كوجود العيوب السابقة، فقال: «وأما الثاني ـ أي التدليس في سائر أنواع النقص، وفي صفة الكمال كالنسب، والجمال، والبكارة وغيرها ـ فهو موجب للخيار إذا كان عدم النقص أو وجود صفة الكمال مذكورين في العقد بنحو الاشتراط، ويلحق به توصيفها به في العقد، وإن لم يكن بعبارة الاشتراط كما إذا قال زوجتك هذه البنت الباكرة، أو غير الثيبة. . . فإذا تبين غير ذلك كان له الخيار».

أعلمتها؟ قال: لا، قال: أعلمها، ثم خيرها»[1]. وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان: أحدهما: يثبت الخيار، لأن فيه نفرة ونقصاً، وذهب الحسن البصري إلى أن العقم سبب أيضاً للخيار بل يؤخذ من كلام ابن قدامة أن الخيار يثبت بكل مرض سار معد حيث قال في تعليله عدم ثبوت الخيار بالقرع والعمي والعرج: «لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه...» وأكثر من ذلك فقد ذهب بعض أصحاب أحمد إلى أن هذه العيوب إذا حدثت بعد العقد توجب الخيار أيضاً في حين ذهب مالك وبعض أصحاب الشافعي إلى أنها إذا حدثت بعد العقد توجب الخيار للزوجة[2]. وذهب المالكية إلى أن الخيار ثابت لكل ما يعد عيباً إن شرط أحدهما السلامة، أو غر أحدهما الآخر بالإسلام والحرية[3].

الخلاصة

يتبين من هذا العرض أنَّ الشريعة الإسلامية قد حاربت كل أنواع الغش ومظاهر التحايل وطرق المكايدة تحت أي اسم كان، من الغل والغش والغلول والخيانة والمداهنة والدغل والتمويه والخدعة والتغرير والتدليس[4] ولم تقف محاربتها للغش عند باب النصائح، والتوصيات أو على مستوى الأخلاق والفضائل فحسب بل رتبت عليه آثاراً وأحكاماً تمتد من الحرمة والإثم إلى الآثار الظاهرة، ومن عالم الأخلاق إلى عالم القانون حيث جعلت جزاء الغش في العقود الخيار للطرف المتضرر فشن الإسلام حرباً لا هوادة فيها على الغش والخيانة والكذب، وأمر بالصدق، والأمانة والصراحة والسماحة عند التعامل فقال رسول الله ﷺ: «رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى وإذا اقتضى»[5]. وقال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء»[6]. وجعل الكذب ولا سيما الكذب الذي يقتطع به مال مسلم دون وجه حق

---

(١) المغني لابن قدامة (٦٥٢/٦)؛ ووسيلة النجاة (٣٩٩/٢).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢٧٧/٣).

(٤) انظر: الألفاظ الكتابية لعبد الرحمن الهمذاني، ط. دار الكتب العلمية بيروت ص (١٧٥، ٢٧٨).

(٥) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب البيوع (٢٠٦/٤)؛ وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات (٧٤٢/٢)؛ والدارمي في سننه (١٦٥/٢).

(٦) رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع مع التحفة (٣٩٩/٥)، والدارمي في سننه (١٦٣/٢).

إحدى الكبائر المهلكات حيث روى البخاري والترمذي وغيرهما بسندهم عن النبي ﷺ في الكبائر قال: «الشرك بالله... وقول الزور»[1] كما ذكر الله تعالى قول الزور مع عبادة الصنم فقال: ﴿فاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ من الأَوْثَانِ واجْتَنِبُوا قولَ الزُّورِ﴾[2]، وقول الزور هو الكذب، أو الكذب الذي يقتطع به مال امرىء مسلم[3]. وإذا كان مع يمين فالإثم فيه أكثر فقد روى البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم أنَّ رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان»[4]. وروى البخاري وغيره أنَّ النبي ﷺ قال: «الحلف منفقة للسلعة ممحقة للبركة»[5].

هذا وقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تحذر الغشاشين والخائنين والمخادعين، ويكفي أن نشير إلى أنَّ القرآن الكريم قد ذكر «الغرور» ومشتقاته (٢٨) مرة، والغل ومشتقاته (١٦) مرة، والخيانة ومشتقاتها (١٦) مرة منها قوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الذين آمَنوا لا تَخُونوا اللَّهَ والرسولَ وتَخُونُوا أَماناتِكم وأَنْتُم تَعلمون﴾[6]، كما ذكر الخدعة ومشتقاتها (٥) مرات وجعل الخدعة وصفاً للمنافقين فقال: ﴿إنَّ المنافقين يخادعونَ اللَّهَ وهو خادعُهم...﴾[7]، وقال: ﴿يُخَادِعون اللَّهَ والذينَ آمنوا...﴾[8]. وقد جاءت السنة المشرفة فبينت بالتفصيل حرمة الطرق الاحتيالية للوصول إلى مآرب غير مشروعة، وأوضحت خطورتها على المجتمع، ففي نطاق الغش أخرجهم النبي ﷺ عن دائرة المؤمنين الكاملين الذين يستحقون الفوز فقال: «من غش فليس مني»[9] وفي رواية: «من غشنا فليس منا»[10] وقال «لا غش بين المسلمين»[11] وقال أيضاً: «الخديعة

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادة (٥/٢٦١)؛ والترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/٣٩٧).
(٢) سورة الحج: الآية ٣٠.
(٣) فتح الباري (٥/٢٦١)؛ وتحفة الأحوذي (٤/٣٩٧).
(٤) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٨٦)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٤٨٨).
(٥) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣١٥)؛ وسنن أبي داود مع العون (٩/١٨٤)؛ والدارمي (٢/١٦٣).
(٦) سورة الأنفال: الآية ٢٧.
(٧) سورة النساء: الآية ١٤٢.
(٨) سورة البقرة: الآية ٩
(٩) حديث صحيح رواه مسلم في صحيحه (١/٩٩). وسبق تخريجه في أول هذا المبحث.
(١٠) مسلم (١/٩٩).
(١١) رواه الدارمي في سننه، كتاب البيوع (٢/١٦٤).

في النار»[1]. كما أوجب على العاقدين أن يبينا كل ما في المعقود عليه، ولا يكتما شيئاً فقال ﷺ: «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله، ولم تزل الملائكة تلعنه»[2] وقال ﷺ: «. . . ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعاً فيه عيب أن لا يبينه له»[3]، بل جعل «بيع المسلم للمسلم» مقتضياً لسلامة المعقود عليه فقد روى الترمذي وابن ماجه بسندهما عن النبي ﷺ: «أنَّه اشترى مملوكاً فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبدالله من العداء بن خالد، اشترى منه عبداً ـ أو أمة ـ لا داء، ولا غليلة، ولا خبثة، بيع المسلم المسلم»[4]. قال ابن قدامة: «فثبت ـ أي من الحديث ـ أنَّ بيع المسلم اقتضى السلامة»[5]، وذلك لأنَّ المسلم يجب عليه أن يبين العيوب الموجودة في المعقود عليه فإذا سكت دل على أنَّه ليس فيه عيب يعلم به، بل لم يقف وجوب بيان العيوب على العاقدين فحسب وإنما يجب على غيرهما ممن يعلم بعيوبه أن يذكرها[6].

فقد روى الحاكم والبيهقي بسندهما عن أبي السباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع، فلما خرجت أدركنا واثلة بن الأسقع وهو يجر رداءه قال: يا عبدالله: اشتريت؟ قلت: نعم، قال: هل بيَّن لك ما فيها؟ قلت: وما فيها، إنها لسمينة ظاهرة الصحة. فقال أردت بها لحماً، أو أردت بها سفراً؟ قال: أردت عليها الحج، قال: فإن بخفها نقباً، قال: فقال صاحبها: أصلحك الله أما تريد إلى هذا، تفسد عليَّ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من باع شيئاً فلا يحل له حتى يبين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لا يبينه»[7]. قال السبكي: «لا خلاف بين العلماء في حرمة كتمان عيب

---

(١) رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم، كتاب البيوع، مع الفتح (٤/٣٥٥). وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤/٣٥٦): «وورواه ابن عدي في الكامل، والطبراني في الصغير، والحاكم في المستدرك».

(٢) رواه ابن ماجه في سننه (٢/٧٥٥).

(٣) رواه الحاكم في المستدرك (٢/٨). وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(٤) رواه الترمذي في سننه وقال: حديث حسن غريب، مع التحفة (٤/٤٠٧)؛ وابن ماجه في سننه (٢/٧٥٦).

(٥) المغني لابن قدامة (٤/١٥٩).

(٦) قال الشيرازي: «ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه». المهذب (٢/٢٨٣)؛ وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٤/٣٨٩).

(٧) المستدرك للحاكم (٢/٩، ١٠)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٥/٣٢٠). ومعنى «النقب» الرقة =

المعقود عليه، والأحاديث في تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جداً، وحكمها معلوم من الشريعة، وكتمان العيب غش»(١)، فقد قال النبي ﷺ: «الخديعة في النار»(٢)، وأيضاً أنَّ الخديعة تفتح الطريق إلى أكل أموال الناس بالباطل، وبذلك تناقض غاية الشريعة مناقضة ظاهرة، فهي تناقض سد الذرائع، لأنَّ الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن(٣).

ومن هنا فالفقه الإسلامي قد تعمق في نظرية الغش والتدليس، وتكلم عن تفصيلاتها وجزئياتها بشكل دقيق، بل خاض فيها وفي أغوارها إلى مدى بعيد وذلك لوجود هذه النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة، بالإضافة إلى أنَّ هذه النظرية لا ضير منها على استقرار التعامل إذ المدلس في العادة يكون أحد العاقدين وحتى لو كان غيرهما فإنَّ الطرف المستفيد على علم به في الغالب أو في استطاعته أن يعلم ذلك ولهذا لا نجد صعوبة في التوفيق بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة فيمكننا التوفيق في كثير من اليسر بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل(٤)، فقد وصل الفقه الإسلامي في ذلك إلى أبعد حدود استطاع من خلاله محاربة كل ما هو غش وخدعة انطلاقاً من أنَّ مال الآخر لا يحل إلاَّ بعد الرضا الكامل قال ابن العربي في تفسير قوله تعالى: ﴿ولا تَبْخَسُوا الناسَ أشياءَهُم﴾(٥): «البخس في لسان العرب هو النقص بالتعييب والتزهيد، أو المخادعة عن القيمة، أو الاحتيال في التزيد في الكيل أو النقصان منه. . فإنما أذن الله سبحانه في الأموال بالأكل بالحق والتعامل بالصدق، وطلب التجارة بذلك، فمتى خرج عن يد أحد شيء من ماله بعلمه لأخيه فقد أكل كل واحد منهما ما يرضي الله، ويرتضيه وإن خرج شيء من ماله عن يده بغير علمه فلا يخلو أن يكون مما يتغابن بمثله مما لا غنى عنه في ارتفاع الأسواق وانخفاضها عنه، فإنَّه حلال جائز بغير خلاف، إذ لا يمكن الاحتراز منه وإن كان بأكثر من

= والخرق يقال نقب خف البعير إذا رق وحفي ونقب الخف إذا تخرق. انظر: القاموس المحيط (١/١٣٨)؛ وتكملة المجموع للسبكي (١٢/١١٥).

(١) تكملة المجموع للسبكي (١٢/١١٤ ـ ١١٥)، مع تصرف في التقديم والتأخير.

(٢) رواه البخاري تعليقاً في صحيحه مع الفتح (٤/٣٥٥)، قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٤/٣٥٦). ورواه ابن عدي في الكامل والطبراني في «الصغير» والحاكم في «المستدرك».

(٣) أعلام الموقعين (٣/١٥٩).

(٤) الأستاذ السنهوري، مصادر الحق (٢/١٤٩).

(٥) سورة الأعراف: الآية ٨٥.

ذلك. . . فالصحيح هو أنَّ صاحبه بالخيار إن شاء أمضاه بعد العلم به، وإن شاء رده»[1].

وقد لاحظ الفقه الإسلامي احترام الإرادة الحقيقية مع استقرار التعامل واستطاع التوازن بينهما بالعدل وذلك من خلال أنه وضع قاعدة عامة قاضية بأنَّ الغش - أو التغرير - على الرغم من حرمته ليس بوحده من أسباب الخيار باعتبار عنصره النفسي إلَّا إذا صاحبه غبن خارج عن عرف التجار، أو فوات وصف مرغوب فيه بحيث يختلف الثمن به، أو كتمان عيب، وذلك لأنَّ الغش أمر نفسي يصعب إثباته على مستوى القضاء إلَّا إذا صاحبه دليل مادي يقع تحت طائلته، وحتى لا يؤدي ذلك إلى قلقلة التعامل وعدم استقراره بحيث يريد أي شخص فسخ عقده لسبب ما يلتجيء إلى دعوى الغش، وحتى إذا لم يستطع إثباتها فهو يملأ ساحة القضاء بمالا جدوى فيه، ولذلك وضع الفقه الإسلامي هذه القاعدة كأصل عام تحكم المعاملات العادية، غير أنَّه لاحظ أنَّه يوجد في المجتمع أناس ليس لديهم الخبرة بالتعامل، ولا القدرة على المساومة فوجد الفقه الإسلامي لهم منفذاً ولتعاملهم مخرجاً، وقام بحمايتهم، وشرع لهم عقوداً مبنية على الأمانة وهي المرابحة، والوضيعة، والتولية، والإشراك، والاستئمان، فهذه العقود وإن كان نطاقها أضيق وحدودها أصغر لكنها لها حماية أكثر حيث إن أي غش أو كتمان، أو كذب يؤثر فيها فيجعلها غير لازم للطرف الذي وضع ثقته على الآخر وبذلك استطاع الفقه الإسلامي أن يجمع بين الاستقرار المنشود في المعاملات العادية وبين حماية من يريد الحماية إذا التجأ إلى تلك الطائفة من العقود.

هذه هي النظرة المتكاملة من الشريعة الغراء إلى التعامل باعتباره وسيلة نظيفة واضحة لتداول الأموال بين الناس، فرسمت لهم الطريق المستقيم الواضح البين للتعامل والتعاقد حتى لا ينسى المسلم دينه وهو في خضم الحياة، فالإسلام - بخلاف غيره - يمزج مع الإنسان وهو في شؤون دنياه كما يمزج معه وهو في شؤون أخراه حتى يكون محياه ومماته لله رب العالمين.

الفرع الثاني
التدليس في القانون

عرف غالب الفقه في مصر وفرنسا التدليس بأنَّه استعمال شخص طرقاً احتيالية لإيقاع آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد - أي يستعمل أحد العاقدين أو غيرهما بقصد

(١) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٧٧٨).

التضليل طرقاً احتيالية، ومناورات خادعة تؤدي إلى إقناع العاقد، وإيقاعه في الغلط(١)، فعلى ضوء هذا التعريف يثور التساؤل حول مدى الجدوى في اعتبار التدليس كعيب مستقل ما دام مداره على الغلط، وأنَّه لا يؤثر إلا باعتباره يولد الغلط في نفس المتعاقد؟ وبعبارة أخرى: إنَّ التعريف يفضي إلى أنَّ الغلط يغني عن التدليس فيكون التدليس أحد الأسباب المؤدية إلى الغلط، وهذا ما ذهب إليه الكثيرون(٢)، وعليه يكون للغلط نوعان: غلط بسيط ـ أو تلقائي وغلط مستثار أي ناشىء عن الحيل وهو التدليس ـ فالتدليس طريقة ووسيلة إلى الغلط، واختلاف الوسائل المؤدية إلى نتيجة واحدة لا يدل على اختلاف النتيجة، كما برهنوا على اتجاههم هذا بأنَّ الطرق الاحتيالية المطلوبة ليست لها أهمية في حد ذاتها بدليل أن مجرد الكذب، بل حتى الكتمان يعدُّ من هذه الطرق، فتوسع الفقه والقضاء في تحديد معنى الحيل إن دل على شيء فإنَّما يدل على أنَّه يعكس لنا الإحساس بأنَّ الأهمية لا تكمن في وقوع هذه

---

(١) يراجع في هذا الموضوع: د. السنهوري، الوسيط (١/٤٢٠)؛ والموجز في نظرية العقد ص (١٠٣)؛ و د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٣٠٣)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (١٢٦)؛ و د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/١١٠)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٧٤)؛ و د. محمد لبيب شنب، دورس في نظرية الالتزام ص (١٥٩)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٣٠٥)؛ و د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (١/بند ١٠٤)؛ و د. عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام (١/بند ١٧)؛ و د. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٥٩)؛ و د. عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام ص (١٦١).

ويراجع في القانون الفرنسي: مارسيل بلانيول، المصدر السابق (بند ٢١٧ . . . .)؛ وموراندييه (Morandier)، المصدر السابق ص (١٩١)؛ ولاكوست (Lacoste)، التدليس في العقود في القانون الروماني والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه في تولوز (Toulouse) سنة ١٨٩٢؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٤٩). ويلاحظ أنَّ التدليس على ضوء التعريف الذي ذكرناه يختلف عن الغش، لأنَّ التدليس إنما يكون في أثناء العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد كما أنَّه يختلف عن النصب الجنائي حيث إنَّ الطرق الاحتيالية في الأخير تكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية في التدليس المدني. ولم يكن القانون الروماني يفرق بين التدليس والغش والنصب، فالكل جريمة في نظره.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٤٠)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٣٨)؛ و د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٣٥)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٧٢)؛ وغيرهم كثيرون.

الحيل نفسها، بل في الغلط الذي ينشأ عنها، ومن جهة أخرى أن اشتراط القانون كون الحيل دافعة (المادة ١٢٥ م م) والمادة (١١٦ م ف) يؤدي إلى نفس المعيار الذي وضع في الغلط، فالمعيار الذي يحكم الغلط، وما يسمى بالتدليس واحد، وهذا لا يعني أننا نجرد طرق الاحتيال عن الأهمية في نطاق آخر ـ كنطاق التعويض ـ لأن كل ما يعنينا هو أنَّ الغلط بوحده كاف في التأثير على العقد كما أنَّ هذه الطرق إنما تجدي إذا كانت قد أدَّت إلى الغلط، وإلَّا فإنَّ الحيل التي يرتكبها شخص لإيقاع آخر في الغلط لا تخرج عن كونها خطأً من جانب المحتال، فتترتب عليها حينئذٍ مسؤوليته بتعويض ما ينتج عنها من ضرر، غير أنَّ إلزام المحتال بالتعويض لا ينكر أنَّه أمر مستقل تماماً عن التأثير في الإرادة[1].

ولم يسلِّم اتجاه آخر بكفاية الغلط، وعدم اعتبار التدليس عيباً مستقلاً بل أصر على أنَّ التدليس عيب مستقل في الرضاء مع قطع النظر عن كونه مؤدياً إلى غلط أم لا[2]. وقد دعم موقف هؤلاء حكم حديث صدر في فرنسا قضى بإبطال هبة للتدليس كان رضاء الواهبة فيها وليد إعياء وملل تعمده الموهوب له، لا نتيجة غلط أوقعها فيه[3]، وقد برر هذا الموقف بأنَّ إبقاء التدليس بجانب الغلط يسمح بإبطال التصرف في أحوال لا يتيسر فيها الإبطال للغلط، كما لو كان الغلط في الباعث أو القيمة، غير أنَّ هذا التبرير إنما يتفق مع النظرية التقليدية للغلط[4]، أما على ضوء النظرية الحديثة للغلط فلا يبقى لهذه التفرقة مجال، إذ أنَّ الغلط على ضوئها حتى ولو كان في الباعث أو القيمة يسمح بالإبطال ما دام جوهرياً ـ أي مؤثراً في إرادة الغالط ودافعاً له إلى إبرام التصرف.

والذي يظهر لي رجحانه أنَّه لا يمكن القول بأنَّ التدليس جزء من الغلط أو بالعكس، لاختلاف ماهية كل منهما عن الآخر، كما أنَّه من المستبعد جداً إبعاد أي أثر للطرق الاحتيالية والخداعية في الرضا، وبعبارة أخرى أنه لا ينكر اختلافهما من حيث

---

(١) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/١٣٣)؛ والمصادر السابقة.

(٢) ستارك، الالتزامات بند (١٣٥٩ ـ ١٣٦١)؛ وجودميه ص (٧٠ ـ ٧١)، المشار إليه في د. محمود جمال الدين زكي، ص (١٣٨).

(٣) حكم استئناف (Colmar) في ١٩٧٠/١/٣٠ المذكور في داللوز القضاء ١٩٧٠ ص (٢٩٧). وراجع د. محمود جمال الدين المصدر السابق ص (١٣٨).

(٤) سيأتي تفصيله فيما يأتي: بخصوص التطور التاريخي للغلط من نظريته التقليدية إلى نظريته الحديثة.

الجانب النظري، واعتبار كل واحد منهما عيباً مستقلاً في الرضا، كما أنَّه لا ينكر أنَّ في ذلك فوائد كثيرة[1]، غير أننا حينما ننظر إليهما من الجانب العملي، وعلى صعيد الواقع والتطبيق الذي ينبني عليه القانون والقضاء نرى أنَّ هذه التفرقة النظرية تتهاوى بل تتلاشى فلا يبقى منها إلاَّ الأثر وهو الغلط، وذلك لأنَّ الطرق الاحتيالية مهما كانت جسيمة فإنَّما تؤثر في العقد إذا أثَّرت بالفعل ودفعت العاقد إلى إيقاعه في الغلط، إذن فالنتيجة واحدة، والقانون يريد الوصول إلى الحكم من أقرب الطرق، فبدلاً من أن نقول: إنَّ التدليس أحدث غلطاً وهو أثر في الرضا نقول: إنَّ الغلط ـ سواء كان غلطاً ناشئاً عن التدليس أو غيره ـ هو السبب في الإبطال، لأنَّ القول بالتدليس لم يضف لنا شيئاً جديداً، ولذلك لم تجنح بعض التشريعات الحديثة إلى تنظيم التدليس، فقد أغفل التقنين البرتغالي والتقنين النمساوي التدليس كعيب من عيوب الرضا[2].

هذا ولم يكن للتدليس أثر في إبطال العقود لدى الرومان[3] في مبدأ الأمر، ثمَّ اعتبره البريطور جريمة مدنية، ومنح المدلس عليه الدعوى التحكيمية القاضية بفرض غرامة على المدلس تبلغ أربعة أضعاف الضرر الذي لحقه في حالة ما إذا كان المدلس

---

(١) وقد كاهت هذه التساؤلات أمام المشرع المصري حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي «وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أنَّ أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن العاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد، بمعنى أنَّ ما يشوب الرضا من عيب بسببه يرجع إلى الغلط، لا إلى الحيلة إلاَّ أنَّ لوجود التدليس مزيتين عمليتين: فإثباته أيسر من إثبات الغلط من ناحية، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض، فضلاً عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى: «مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/١٧٢ ـ ١٧٣)؛ وجوسران المصدر السابق ص (٥١). غير أنَّ هذه الفوائد لا تتنافى تحقيقها مع القول بتوسيع دائرة الغلط ليشمل ما هو سببه تدليس فيتوفر فيه سهولة الإثبات، ووجوب حق التعويض بالإضافة إلى إبطال العقد وما هو ناشىء عن غير التدليس.

(٢) يراجع في ذلك: د. السنهوري، الوسيط (١/٤٤٠ ـ ٤٤١)؛ و د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٣٥ ـ ١٣٧)؛ وبلانيول، الوجيز في القانون المدني (٢/ بند ١٠٦ ـ ١٠٦٦)؛ و د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٧٤)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٨٠ بند ٢١٨ ـ ٢١٩)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٤٨).

(٣) يراجع: عبد العزيز فهمي، قواعد وآثار فقهية رومانية. ط. القاهرة ١٩٤٧ ص (٤٦)؛ و د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٧٢ ـ ٣٧٦)؛ وأستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٣٣١)؛ و د. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٥٩)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٤٩ بند ٩٦).

قد امتنع عن رد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، غير أنَّه في عهد جوستنيان كانت الدعوى تؤدي إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ـ أي إبطال أثر العقد ـ ومع ذلك فلم ينظر القانون الروماني إلى التدليس باعتباره عيباً من عيوب الرضا بل باعتباره جريمة، ولذلك كان فقهاء الرومان يتناولون دراسته في باب الجرائم المدنية التي وضع لها البريطور جزاء، ومن هنا فجريمة التدليس إذا أوقعت العاقد المدلس عليه في غلط فإنَّ العقد الذي تمَّ في ظلها يتأثر إذا كانت قد أدَّت إلى غلط متعلق بطبيعة العقد أو شخص العاقد، أو ذات الشيء، أو في جوهره، حيث يكون للطرف المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد بناء على نظرية الغلط، أما إذا كان التدليس في صفة من صفات الشيء، أو في قيمته فإنَّه لا يؤثر في العقد[1].

ثم إن أثر التدليس كان شخصياً حيث كان الغش مع الأجنبي لا يؤثر وكان يسميه الرومان: (Dolus Bonus) ـ أي الغش المباح[2] أو التدليس المغتفر[3]، وهذا النوع من الغش لم يكن له أثر في العقد مهما كان جسيماً، لأن الأجنبي يعتبر عدواً لهم، ويدخل في هذا النوع أي التدليس المغتفر ـ المماكسة (Sellertia) التي تلابس المعاملة في العادة (الجامع ٤، ٣، ١، ٣) غير أنهم وسعوا في مفهومها حتى دخلت فيها جميع أساليب الكذب، والإقناع والمبالغة باعتبارها من قبيل المهارة في المعاملات[4]، وإنما التدليس المعاقب عليه هو ما عرفه الفقيه (لا بيو) في: (الموسوعة: ٤، ٣، ١، ٢) بقوله: «التدليس هو كل خداع أو تمويه أو احتيال بقصد التعمية على إنسان لتضليله أو العبث بحرية اختياره»[5]. ويدل هذا التعريف على أن التدليس إنما يتحقق إذا كانت الطرق الاحتيالية قد أدت إلى إيقاع العاقد في غلط، غير أن القانون الروماني إذا كان لا يعتد بالغلط البسيط إلا إذا كان معدماً للرضا فإن البريطور استطاع في العصور المتأخرة أن يضع تحت تصرف من وقع في غلط غير معدم كالغلط في صفة الشيء عدة وسائل يستطيع بمقتضاها إبطال العقد من الناحية الفعلية، على الرغم من بقائه صحيحاً من الناحية النظرية إذا كان نتيجة لاستعمال الطرق الاحتيالية[6]. وأياً ما كان فإن التدليس

---

(١) المتون (٤، ٦، ٣١) ترجمة عبد العزيز فهمي ص (٢٧٩ ـ ٢٨٠)، والمصادر السابقة.

(٢) د. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٥٩).

(٣) د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٧٢).

(٤) د. محمد مختار القاضي، المرجع السابق ص (٥٩).

(٥) هذه الترجمة نقلناها عن عبد العزيز فهمي، قواعد وآثار فقهية رومانية، ط. القاهرة ١٩٤٧ ص (٤٦).

(٦) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٣٢).

في القانون الروماني لا يبطل العقد إلا إذا أدى إلى الغلط، وذلك يرجع إلى عدم إقراره مبدأ سلطان الإرادة القاضي بضرورة خلوها من العيوب، وأيضاً إن التدليس مهما بلغ فلا يعتبر عنده معدماً للإرادة ولا معيباً لها والقانون الروماني لا يعرف فكرة العقد القابل للإبطال أو البطلان النسبي - إذن يحكم على العقد - ما دام أصل الإرادة موجوداً - بالصحة، ولذلك اضطر البريطور إلى حماية المدلس عليه عن طريق دعاوى ووسائل أخرى[1]، هذا وقد اشترط القانون الروماني لاعتبار التدليس جريمة أن يكون قد ارتكبه أحد العاقدين، أو شريكه (الجامع ٤٤، ٤، ٤، ٣٣) فعلى هذا إذا قام به شخص أجنبي عن التعاقد فلا يكون له أثر[2].

أما القانون المصري فقد نظم التدليس باعتباره عيباً من عيوب الرضا فقد نص في مادته (١٢٥) على أنه: «١ - لا يجوز إبطال العقد للتدليس إلا إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة، أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة» كما نص في مادته (١٢٦) على أنه: «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

ويلاحظ على هذه الصياغة من ناحيتين: أولاهما أنها على الرغم من اختلاف وجهتي النظر للقانون الروماني، والقانون المدني المصري، حيث يعتبر القانون الروماني التدليس جريمة، في حين يعتبره القانون المصري عيباً من عيوب الرضا فإن هذه الصياغة تبدو متأثرة بالصياغة الرومانية من جهة أن المادة (١٢٥) نصت على أن تكون الحيل من أحد العاقدين، أو نائب عنه، أو من أحد يعلم به العاقد المستفيد، وهذا قريب مما اشترطه القانون الروماني من كونها صادرة من أحد العاقدين أو شريكه، في حين أن النظرة التي تبناها القانون المدني المصري من اعتبار التدليس عيباً في الرضا تبعد هذا الاشتراط.

ثانيتهما: نلاحظ نوعاً من عدم الدقة، بل نوعاً من عدم وضوح الرؤية وعدم الانسجام بين المادتين: (١٢٥، ١٢٦م. م) فالمادة (١٢٥) نصت على أن تكون «الحيل

(١) د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق ص (٣٣٢ - ٣٣٣)؛ والمصادر السابقة.
(٢) د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٣٧٤)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٤٩) بند (٩٦).

التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه. . .» مما يفهم منها بوضوح اشتراط صدور الحيل من أحد العاقدين أو نائبه ثم عاد المشرع وذكر لنا في المادة (١٢٦) أنه لا يشترط ذلك بل يشترط أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالتدليس أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس، إذن فذكر «أحد المتعاقدين، أو نائب عنه» حشو لا طائل تحته، بل يربك القارىء، ويوجد ظاهرة من التناقض بين مادتين متقاربتين في موضوع واحد، ولذلك نرى تغيير صياغة المادة (١٢٥) إلى الشكل الآتي: (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد) أو بعبارة موجزة: «إذا كانت الحيل هي الدافعة للطرف الثاني لإبرام العقد» فهذه المادة عامة لكل حيل دافعة سواء صدرت من العاقد أو من غيره، ثم تأتي المادة (١٢٦) لتوضح لنا أن الحيل إذا كانت صادرة من الغير فلا بد أن يكون الطرف المستفيد من التدليس عالماً به، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس.

ثم إن اعتبار التدليس عيباً في الرضا يتنافى مع هذا الشرط، فالحيل التي لجأ إليها الغير قد أثرت في رضا المدلس عليه وأوهمته سواء علم به الطرف الثاني أم لا. فإما أن نقول: إنه عيب في الرضا ثم لا نشترط هذا الشرط، وإما أن نعود إلى الفكرة الرومانية من اعتباره جريمة؟

وأياً ما كان فإنه يستفاد من هاتين المادتين أن التدليس إنما يعيب الرضا إذا توفرت فيه شروطه الثلاثة وهي:

١ ـ استعمال طرق احتيالية.
٢ ـ وأن تكون هذه الطرق الاحتيالية هي التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد.
٣ ـ وأن تكون هذه الطرق صادرة من أحد العاقدين، أو من الغير لكن الطرف المستفيد حينئذ كان على علم بها، أو كان من المفروض أن يكون على علم بها. وبعبارة موجزة أن يتصل التدليس بالعاقد المستفيد.

ويمكن إرجاع هذه الشروط إلى شرطين: شرط يتعلق بالمدلس، وشرط يتعلق بالمدلس عليه، أو بعبارة أخرى شرط يتعلق بالوسيلة، وشرط يتعلق بالنتيجة، أو قُلْ: شرط موضوعي، وشرط نفسي.

فالشرط الأول ـ أي الذي يتعلق بالمدلس، وبالوسيلة ـ هو أن يستعمل العاقد المدلس طرقاً احتيالية غير مشروعة للتأثير في إرادة المدلس عليه بنية التضليل، أو يكون على علم بها.

وهذا الشرط ـ كما نرى ـ يتضمن ثلاثة أمور:

الأمر الأول: استعمال الطرق الاحتيالية ـ العنصر المادي ـ وهي كانت تنحصر في القانون الروماني ـ كما سبق ـ في وسائل وطرق مادية تستهدف تدعيم الكذب وإخفاء الحقيقة كاصطناع المستندات، أو التزوير فيها، أو إخفائها، أو انتحال صفة كاذبة، أو اسم شخص آخر أو شهود زور، ولا يكفي عنده مجرد الكذب والكتمان[1]. غير أن الفقه الحديث يكتفي في هذه الطرق أن تخرج عن الحد المألـوف في المعاملات بين الناس وأن تكون كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ـ ولا يشترط أن تبلغ هذا القدر من الجسامة التي اشترطها القانون الروماني، كاستغلال عدم تجربة العاقد أو نقص خبرته[2] أو اختلال أعصابه[3]، بل قد سوى الفقه والقضاء بين الكذب وبقية الطرق الاحتيالية الأخرى ما دام قد أثر ـ نتيجة للظروف التي أحاطت به ـ في إرادة العاقد مثل أن يصدر من شخص موضع ثقته[4]، بل اكتفى البعض بالكذب المجرد[5]. يقول مورانديه ولا يشترط حتى توافر هذه الأفعال أو المناورات المنطوية على الغش بل يكفي حسب المادة (١١١٦ م ف) عدم صحة التأكيد بخواص الشيء موضوع

---

(١) مازو، دروس في القانون المدني (٢/ بند ١٩٣)، ود. بهجت بدوي، المصدر السابق بند (١٢٦)؛ ود. محمود جمال الدين، المرجع السابق ص (١٣٩ ـ ١٤٠)؛ ود. السنهوري، الوسيط (٤٢٤/١)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٨١) بند (٢٢٠)؛ ومورانديه، المصدر السابق ص (١٩١) بند (٣٣٥).

(٢) استئناف باريس في ١٩٥٣/١/٢٢ المشار إليه في داللوز ١٩٥٣ ص (١٣٦).

(٣) حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ١٨٩٩/٥/٣ مذكـور في داللوز ١٩٠٠ جـ ١ ص (٦١).

(٤) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزامات ص (٣١٥)؛ ود. محمود جمال الدين المصدر السابق ص (١٤٠). وعلى هذا حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٣/٤/٢٧ المذكور في داللوز ١٩٥٣، قضاء ص (٤٤٠).
وراجع: مورانديه، المصدر السابق بند (٣٣٣).

(٥) ذهب بلانيول وريبير (المصدر السابق جـ ٦ بند ٢٠٠)، إلى أن الكذب المجرد يكفي لتكوين التدليس متى أفلح في إيقاع المتعاقد في الغلط. في حين ذهب حكم لمحكمة (Aenres) في ١٨٨٠/٧/٢١ مذكـور في داللوز (١٨٨٣ ـ ١ ـ ٣٣١) إلى أن إدلاء أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر ببيانات كاذبة لا يعيب الإرادة ما لم يقترن هذا الكذب بوسائل احتيالية لتعزيزه وقد أيدت هذا الحكم محكمة النقض الفرنسية في ١٨٨١/٦/١٥ المذكور في داللوز ١٨٨٣ ـ ١ ـ ٣٣٣.
ويراجع د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٣١٥/١)؛ ومورانديه، المرجع السابق بند (٣٣٣)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند ٢٢٢ وما بعده.

التصرف، ويدخل في هذا المعنى إخفاء حقيقته ولا سيما في عقود التأمين[١]. وقضى القضاء المصري بأن «التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد العاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تعطي هذا الطرف الحق في طلب بطلان العقد، لأنه مبني على رضـا غير صحيح»[٢]، كما قضى بأن «تقدير أثر التدليس في نفس المتعاقد المخدوع وما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد من مسائل الواقع التي يستقل لها قاضي الموضوع»[٣]، وأنه لا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت إلى حد الكذب ما دام ذلك مألوفاً في المعاملات كالتاجر الذي يروج لبضاعته فيصفها بأحسن الأوصاف[٤]، كما أن الأصل هو أن الكذب بوحده ليس كافياً لتحقيق التدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن بوسعه استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب[٥]، ومن هنا فالكذب في بعض العقود يعتبر تدليساً. مثلاً فإعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين يعتبر تدليساً يبطل العقد، مثل أن يقول لها: أنا عامل، أو مزارع، مع أنه بحار[٦].

---

(١) وعلى هذا نقض فرنسي في ١٩٥٤/١٢/٢٢ المذكور في داللوز ١٩٥٥ ـ ٢٥٤، ويراجع موران المرجع السابق بند (٣٣٣).

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية في ١٩٢٣/١/٤ المنشور في مجلة المحاماة السنة الخامسة رقم ١٢٢ ص (١٢٤).

وراجع د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٤١)، والأحكام القضائية التي ذكرها.

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٢/٨ رقم الطعن ٣٢٩ لسنة ٣٩ ق المذكور في مجموعات المكتب الفني سنة ٢٣ ص ١٣٨؛ وحكم آخر بهذا المعنى في ١٩٧٣/٣/١٣ رقم الطعن ٣٩ لسنة ٣٨ ق المذكور في مجموعات المكتب الفني سنة ٢٤ ص ٣٩٦.

(٤) وقد قضت محكمة النقض في ١٩٧٦/١٢/٢١ (المنشور في مجموعات أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٢٩ ص ١٧٩١) بأنه يشترط في الغش والتدليس أن يكون ما استعمل في خدع المتعاقد عليه حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر في جانب الطاعنة ـ الشركة البائعة ـ لمجرد أنها أعلنت في الصحف أن الحصة المبيعة تغل ريعاً قدره (٣١,٧٥٠) جنيهاً شهرياً... مع أنها لا تغل سوى (٢٩,٢٧٣) جنيهاً شهرياً.. وإذا كان هذا الإعلان وحده مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لا يفيد بذاته توافر نية التضليل لدى الشركة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع وبالتالي فإنه لا يكفي لاعتباره حيلة في حكم المادة (١٢٥) من القانون المدني.

(٥) حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨٩٧/٤/٨ المذكور مع غيره من الأحكام القضائية في د. السنهوري، الوسيط (٤٢٦/١).

(٦) هذا ما حكم به محكمة الاستئناف المختلط في ١٩١٩/٥/٢٨ المذكور في د. السنهوري، =

ولا تقتصر طرق التدليس على القول والفعل فقط بل قد تكون عملاً سلبياً محضاً كالكتمان لكن ليس بوحده بل إذا صاحبته ظروف وأحوال يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان فيكتمه العاقد عن الآخر، وقد وضعت المادة (١٢٥) من القانون المدني المصري معياراً له هو أنه «إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة» وهذا المعيار يقضي بالتوسع في اعتبار الكتمان تدليساً بحيث متى كان السكوت دافعاً إلى التعاقد كان تدليساً، غير أن هذا التوسع لم يرتض به غالب الفقه في مصر[١]، بل اتجه نحو نوع من التضييق فيه بسبب أن الأصل في الكتمان هو عدم اعتباره تدليساً، ولذلك ذهب هذا الاتجاه السائد إلى أن الكتمان يجب ليعتبر تدليساً ـ فضلاً عن صفته الدافعة إلى التعاقد ـ أن يرد على واقعة جوهرية، أو ملابسة هامة كان يتعين على العاقد أن يفضي بها وفقاً لنص في القانون[٢] أو لبند في العقد[٣] أو لفكر الأمانة التي يجب أن تسود المعاملات كأن يكتم البائع عن المشتري قراراً بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة يعلم أنه على وشك الصدور[١]. يقول الأستاذ السنهوري: «ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية

= الوسيط (١/٤٢٦). وقد صدرت عدة أحكام قضائية لمحاكم الاستئناف في مصر ذكرها السنهوري في الوسيط (١/٤٢٦ ـ ٤٢٧) تقضي بأن التدليس يتحقق إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها، وأن المبالغة عن سوء نية في قيمة الشيء المؤمن عليه، أو في مقدار الضرر الحاصل تدليس.

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٢٧)؛ ود. حشمت أبو ستيت؛ المرجع السابق بند (١٧٣)؛ ود. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق بند (١٦٩)؛ ود. إسماعيل غانم، المرجع السابق ص (١٤٣)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٧٥)؛ ويراجع: مارسيل، المرجع السابق بند (٢٢٢ وما بعده)؛ وموراندیه المرجع السابق بند (٣٣٣، ٣٣٤)، وص (١٩١ ـ ١٩٣).

(٢) مثل المادة ١/٧٦٤ من القانون المدني الخاصة بالتأمين على الحياة. .

(٣) كقائمة الأسئلة التي تقدمها شركة التأمين لطالبه. انظر: د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٤٣).

(٤) د. بهجت بدوي، المصدر السابق بند (١٨١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٤٤)؛ والمصادر السابقة. وقد قضت محكمة النقض في ١٩٤٣/٢/٢٥ المذكور في مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٢٥٩ بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة.

ويراجع في مزيد من الأحكام القضائية بهذا الخصوص: د. السنهوري، الوسيط (١/٤٢٨ ـ ٤٣٠).

في الأمر الذي بقي مكتوماً وهي: ١ ـ أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً، ٢ ـ أن يعرفه المتعاقد الآخر، ويعرف خطره، ٣ ـ أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول، ٤ ـ ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه عن طريق آخر، وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً في عقود التأمين»[١].

هذا وإذا كانت المادة (٢/١٢٥) من القانون المصري قد حسمت الموقف بالنسبة لموقف الفقه في مصر، فإن خلافاً عنيفاً قد ثار في الفقه الفرنسي[٢] في غير عقود التأمين حيث حسمت المادة (٣٤٨) من القانون التجاري الفرنسي بإبطال عقد التأمين بسبب السكوت أو الكتمان، أو إقرار كاذب من المؤمن عليه، ثم إن قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ بخصوص عقد التأمين البري تقرر المادة (٢٢) منه نفس المبدأ السابق. وقد استطاع القضاء أن يمد هذه المظلة إلى غيره من العقود، ويقضي بجعله تدليساً مؤثراً في بعض الظروف[٣].

هـذا ومن الجدير بالتنبيه عليه هو أن المعيار في هذه الطرق الاحتيالية ـ بما فيها الكذب، والكتمان ـ ذاتي وشخصي أي يختلف باختلاف الأشخـاص والظروف التي تحيط بهم، والمهم في ذلك هو أن يكون المدلس قد ألبس على المدلس عليه وجه الحق وحقيقة المعقود عليه أو ما يدور حوله ثم حمله على التعاقد بالطريق الذي يصلح لهذا الغرض حسب نوعية المتعاقد، لأن من الناس من يصعب التدليس عليه فتكون طرق انخداعه معقدة، ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بأي طريق يخدعه[٤].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٢٩ ـ ٤٣٠)؛ وموراندیه، المرجع السابق بند (٣٣٣).

(٢) يراجع في تفصيل هذا الخلاف: مارسيل، المصدر السابق ص (٨٢ بند ٢٢٦)؛ وموراندیه، المصدر السابق ص (١٩١ وما بعدها)؛ ومعجم داللوز في القانون المدني الطبعة الثانية (٣/٤/ رقم ٢٥)؛ وجوسران: المصدر السابق ص (٥٠).

(٣) وهي الظروف التي ذكرها الفقه المصري آنفاً كأن يقوم فيها بين طرفيه واجب بالإفضاء نظراً لعلاقة الثقة بينهما، أو لطبيعة العقد كما لو كان شركة أو لصفة أحد طرفيه كما لو كان موثقاً. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في عدة قضايا هذه الأمور تدليساً منها: نقض فرنسي في ١٩٦٥/١٠/٢٧ منشور في معجم داللوز المرجع السابق رقم ٢٨، ونقض فرنسي في ١٩٦٨/١١/٢٦ منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٦٩ ص (٥٩).

ويراجع في ذلك: مارسيل، المصدر السابق ص (٨٢)؛ وموراندیه، المصدر السابق ص (١٩١ ـ ١٩٣).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٢٦).

الأمر الثاني: نية التضليل - وهي العنصر المعنوي في الشرط الأول - فلا يؤثر التدليس في العقد إلا إذا قصد المدلس خديعة العاقد وتضليله بطرق غير مشروعة فإذا انعدمت نية التضليل انعدم التدليس كالتاجر يبالغ في ذكر مزايا ما يبيعه، أو يبرز ما يعرضه في أحسن صورة[1]، وكذلك الأمر إذا وجدت نية التضليل، ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع كما إذا استعمل المودع طرقاً احتيالية للحصول من المودع عنده وقد تبين أنه شخص غير أمين على إقرار بالوديعة فلا يعد ذلك تدليساً[2].

وهذا الشرط يبرز لنا التفرقة الرومانيه بين التدليس الطيب الذي لا أثر له على صحة العقد، والتدليس الخبيث الذي يؤدي إلى بطلانه[3]، ونرى أنه لا يبقى لهذه التفرقة جدوى ما دامت النظرة إلى التدليس في القانون المدني المصري باعتباره عيباً في الرضاء، فإعطاء الأهمية لهذه التفرقة يتفق مع نظرة القانون الروماني إلى التدليس باعتباره جريمة ولا يتفق مع نظرة المشرع المصري إليه باعتباره عيباً في الرضاء.

الأمر الثالث: اتصال التدليس بالعاقد المستفيد، أي أن يكون العاقد المستفيد على علم به في حالة ما إذا كان المدلس غير العاقدين، هذا ما اشترطه القانون المصري في مادته (١٢٦)[4] . وأما القانون الفرنسي فهو أكثر تضييقاً للتدليس في هذا المجال حيث اشترطت المادة (١١١٦) منه أن يكون التدليس صادراً من أحد العاقدين، فعلى هذا لا يؤثر التدليس الصادر من الغير في صحة العقد. وهذا الشرط أو التقييد لا يتناسب - كما سبق - مع اعتبار التدليس عيباً في الرضا، ولا يفسر وجوده إلَّا باعتباره أثراً من آثار القانون الروماني الذي كان يعتبره جريمة، وكان البريطور يمنع المتضرر دعوى التدليس والدفع به ضد من ارتكبه، ولذلك أورد الفقه والقضاء في فرنسا على هذه المادة استثناءات عديدة ضيقت كثيراً من نطاقها[5]، بل ضيقا في مفهوم

---

(١) وهذا لا يعني عدم إبطال مثل هذا العقد لسبب آخر، وذلك لأنه قد يبطل للغلط، لا للتدليس.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٣٠)؛ و د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام ص (١٢٣)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٤٤ - ١٤٥).

(٣) د. محمود جمال الدين، المرجع السابق ص (١٤٥)؛ والمصادر السابقة.

(٤) مارسيل، المصدر السابق ص (٧٣ بند ٢٢٩)؛ ومورانديه، المصدر السابق ص (١٩٢ - ١٩٣).

(٥) فاستقر الرأي أخيراً على ألَّا تمييز بين تدليس صادر من العاقد أو من غيره في التصرف القانوني الذي يصدر من جانب واحد كالنزول عن الحق، ورفض التركة، والإقرار، والاعتراف بولد طبيعي، ولو كان المستفيد الذي ليس طرفاً في التصرف أجنبياً عن التدليس وكذلك في الهبات، والوصايا، بل في التصرف الذي وقع فيه التدليس بعلم العاقد المستفيد. المصادر السابقة. =

الغير ليخرج عنه النائب، أو التابع، وأعطيا الطرق الاحتيالية التي تصدر عنهما حكم التدليس الصادر عن العاقد، وكذلك فعلا بخصوص الشريك الذي يصدر منه تدليس لصالح شريكه العاقد[1]. فعلى ضوء القانون المصري الحالي لا يبقى من حالات التدليس التي لا يحكم فيها بالبطلان إلَّا إذا كان المدلس غير المتعاقد ولا نائباً عنه، وكان العاقد المستفيد لا يعلم بتدليسه أو ليس بإمكانه الاطلاع عليه، ففي هذه الحالة يحكم على هذا التصرف بالصحة على الرغم من وجود التدليس حماية لاستقرار المعاملات ويبرره الأستاذ السنهوري بأنَّ «هذا عدل، لأنَّنا إذا أبطلنا العقد في هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً»[2]، غير أنَّ هذا التبرير غير مقنع في نظرنا، لأنَّه لا يتفق مع اعتبار التدليس عيباً في الرضا كما أنَّ التعويض يجب أن لا يكون على حساب العاقد المتضرر الذي شاب رضاءه عيب التدليس، بل التعويض يقع على مرتكب التدليس طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

الشرط الثاني: ـ أي الذي يتعلَّق بالمدلس عليه ـ وهو أن تكون هذه الطرق الاحتيالية قد أثرت فعلاً في المدلس عليه ودفعته إلى إبرام العاقد، أو حسب تعبير المادة (١٢٥ م م): «إذا كانت الحيل.... من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد» أي يجب أن يكون التدليس هو الدافع، ويرجع في تقدير هذا الأثر إلى إرادة العاقد المدلس عليه، وهو أمر شخصي يعود تقديره إلى قاضي الموضوع الذي يهتدي إليه من خلال الظروف الشخصية للعاقد من ناحية سنه، وجنسه، وحظه من العلم والتجربة، والملابسات التي تحيط بعملية التعاقد[4]. والتدليس بهذا المعنى يسميه الفقه[5] بالتدليس الدافع، وهو يختلف عن التدليس غير الدافع ـ أي التدليس

= انظر: بلانيول وريبير، المرجع السابق (٦/ بند ٢٠٤)؛ ويراجع د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (١٤٩)؛ و د. السنهوري، الوسيط (٤٣٥/١).

(١) نقض فرنسي في ١٩٣٤/١٠/١٧، منشور في دالloz الأسبوعي ١٩٣٤ ص (٥٢٢).
ويراجع: مارسيل، المصدر السابق ص (٨٣)؛ و د. السنهوري، الوسيط (٤٣٣/١ ـ ٤٣٧)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٤٩).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٤٣٩/١).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (٤٣١/١)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٤٥)؛ والمصادر السابقة.

(٥) لم يكن القانون الروماني يعرف هذه التفرقة بين التدليس الدافع وغيره.
يراجع د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٣٧٣).

العرضي - الذي لا يحمل على التعاقد، ولكن يغري المتعاقد بقبول شروط أبهظ كدفع ثمن أكبر مثلاً[1]، فلا يكون له أثر على صحة العقد، بل تنشأ عنه دعوى تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما أصابه من غرم نتيجة هذا التدليس طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية[2].

وهذا التمييز لا يسلم من نقد، وذلك لأنَّ التدليس الذي يغري على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها»[3]. وقد كان القضاء الفرنسي يحكم بمقتضى هذه التفرقة[4]، ثمَّ عدل عن هذه الفكرة وأصبح يقضي بإبطال العقد متى بان له أنَّ المدلس عليه لو علم الحقيقة لكان قد تعاقد بشروط أخرى[5].

وأخيراً فإنَّ التدليس يثبت بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن كما أنَّ عبء إثباته يقع على من يدعيه طبقاً للقواعد العامة، وكذلك يقع عليه عبء إثبات كون التدليس دافعاً إلى التعاقد، وعلم المتعاقد المستفيد به على التفصيل السابق[6].

وأما القانون الإنجليزي العام (Common Law) فهو لم يعرف التدليس باعتباره عيباً في الرضا ومع ذلك يصل إلى الحكم ببطلان التصرف الذي وقع فيه التدليس بوسائل متعددة،

---

(١) مثل أن يظهر البائع للمشتري عقود إيجار مصطنعة بإيجارات مرتفعة يريد من خلالها إيهام المشتري أنَّ المعقود عليه يدر ريعاً كثيراً.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٣١ - ٤٣٢)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٤٦)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٨٣) بند (٢٢٧)؛ وموراندیه، المصدر السابق ص (١٩٢ - ١٩٣)؛ و د. محمد علي عمران، المصدر السابق ص ٧٧.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٣٢ - ٤٣٣).

(٤) استئناف (Doual)، في ١٩٠٧/١/١٦ منشور في داللوز.

(٥) وقد صدر في ذلك عدَّة أحكام قضائية منها: نقض فرنسي في ١٩٥٤/١٢/٢٢ منشور في داللوز ١٩٥٥ ص ٢٥٤.

وراجع: مارسيل، المصدر السابق ص (٨٣ بند ٢٢٨)؛ وموران، المصدر السابق ص (١٩٢ . . .).

(٦) د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٥٠). وقد نصت المادة (١١٦ م ف) على أنَّ التدليس لا يفترض بل يجب إثباته».

انظر: مارسيل، المصدر السابق ص (٨٤ بند ٢٣١)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٥٠) بند (٩٧).

وقد ساعده في ذلك قانون العدالة واستطاع كسر جموده في مسائل كثيرة، ثمَّ جاء قانون التدليس في عام ١٩٦٧ فتوج هذه المساعي بتوسيع فكرة التدليس، والتقليل إلى حد كبير من أهمية التفرقة بين التدليس العمدي، البريء، ويمكننا القول بأنَّ القانون الإنجليزي استطاع أن يعالج مسائل التدليس (Ledol) في القوانين ذات الصبغة اللاتينية على ضوء فكرتين هما فكرة الخديعة (Deceit) وفكرة (Misrepresentation) أي التصوير غير الصحيح، أو البيان غير الصحيح، بل إنَّ الفكرة الأخيرة قد استطاع القضاء الإنجليزي أن يوسع مدارها لتشمل الخديعة والكذب والكتمان والسكوت بشروطه[١].

وقد كان القانون العام يعتمد على الخديعة (Deceit) باعتبارها جريمة مدنية تنشأ عنها دعوى خاصة يثيرها الطرف المتضرر المخدوع ضدَّ الذي قام بالغش الذي دفعه إلى التعاقد، بحيث إذا استطاع إثباتها يكون له الحق في المطالبة بالتعويض من مرتكب هذه الجريمة، والحق في رفض تنفيذ الالتزام الذي تمَّ في ظلالها، ـ أي يكون العقد قابلاً للإبطال ـ[٢]، غير أنَّ فكرة الخديعة ضيِّقة لا تتسع لتغطية كافة متطلبات العدالة التعاقدية، لذلك لجأ قانون العدالة إلى توسيع فكرة (Misrepresentation) وذلك لأنَّه قد لا يتوفر سوء النية من الشخص المستفيد وحينئذٍ ليس بوسع الطرف المتضرر نتيجة إعلان غير صحيح، أو تأكيد كاذب أن يطلب التعويض أو إبطال العقد إذا بقينا في دائرة فكرة الخديعة[٣]، في حين أنَّ فكرة التصوير غير الصحيح أعم منها بكثير حيث تشمل كل ما هو إعلان غير صحيح عن طرف أحد العاقدين سواء كان بطريق الغش أو بغيره، أو بعبارة أخرى أنَّ قانون العدالة وسع مفهوم الغش ليشمل حالة التأكيدات غير الصحيحة وإن كانت بريئة أيضاً، فيكفي في جعل العقد قابلاً للإبطال كون العقد جاء نتيجة لإعلان غير صحيح دفع المتعاقد الآخر للتعاقد، غير أنَّه إذا انتفى

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك ولسون (Wilson)، المصدر السابق ص (١٢٢)؛ وولستون (Williston)، المصدر السابق بند (١٩، ٩٢، ٩٥)؛ وأنسون، (Anson) المصدر السابق ص (٢٠٧)؛ و د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد ص (١٧٤).

(٢) انظر قضة:

(Solle V. Butcher (1950) K. B. 671 at P. 691).

وقد قال القاضيّ اللورد (Denning): «إذا ما انعقد العقد، ومهما كانت حالة أطرافه الذهنية فإنَّ العقد لا غبار عليه ما لم يجر تنحيته جانباً بسبب التحايل».

ويراجع: (Wilson)، المرجع السابق ص (١٢٢).

(٣) المصادر السابقة.

الغش بمعناه الحقيقي أو على ضوء القانون العام ـ فإنَّ المطالبة بالتعويض تنتفي، بل يقتصر حقه على الإبطال ويكون العقد قابلاً للإبطال يقول القاضي اللورد (Atkin)(١) في توضيح هذه الفكرة: «اشترى ـ أ ـ جواداً من ـ ب ـ وظن أنَّ الجواد سليم، ودفع على هذا الأساس ثمناً يتناسب وهذا الجواد السليم، وأنه ما كان يشتريه لو كان يعلم أنَّه جواد معتل الصحة، فإذا لم يكن ـ ب ـ قد أثار مسألة صحة الجواد المباع، وإذا لم يكن ـ أ ـ قد اشترط كونه بصحة جيدة فإنَّ المشتري لا يستطيع أن يسترد الثمن. . . ومثال آخر اشترى ـ أ ـ حظيرة (جراجاً) للسيارات على الطريق من ـ ب ـ ولكن المكان قد قررت الدولة هدمه للمنفعة العامة، ولم يعلم بها المشتري في حين أنَّ البائع كان على علم بها، ومع ذلك فليس هناك علاج للمشتري إلَّا إذا كان هناك شرط في نصوص العقد، ومن ثمَّ يستطيع كل طرف أن يعتمد على نصوص العقد لحمايته من آثار الحقائق غير المعروفة لأي من طرفي العقد»(٢)، وقد علق على ذلك ولسون بأنَّ المشتري في هذه المسائل السابقة قد قصر في عدم ذكر شروطه، أو أنَّه رضي بهذه الأمور لأنَّه «لو أراد حماية مصالحه في حالة كون الجواد في غير أحسن حالاته لكان قد أصر على أن يذكر في العقد شرطاً بهذا المعنى فيكون حينئذٍ له الحق في إلغاء العقد في حالة الإخلال بشروطه، أو لو استفسر عن سلامة الجواد وكان البائع قد وافاه ببيانات خاطئة لأمكن أيضاً إبطال العقد على أساس البيان غير الصحيح»(٣). فعلى هذا فالبيان غير الصحيح في معرض الإجابة عن المشتري أثناء التعاقد يكون سبباً للإبطال بل إنَّ الإخلال بالأقوال التي تجري أثناء المفاوضات بين المتعاقدين وتأتي في صورة صياغة صريحة في مواد العقد يؤدي إلى إبطال العقد في حالة عدم صدقها، وأكثر من ذلك فإنَّ الأقوال المرسلة العامة التي تجري بين المتعاقدين أثناء المفاوضات وليس لها صفة تعاقدية يجوز أن تؤثر في العقد، يقول ولسون: «وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنَّ هناك علاجاً للاحتيال والخديعة، وعدم التزام صدق النية، وسلامتها عند التعاقد بموجب القانون العام، وهو يتدخل في حالة الاحتيال ـ أي عندما يحتال أحد الأطراف عمداً وعن علم وبقصد الغش ـ وفي هذه الحالة يجوز الحكم بكون العقد قابلاً للإبطال

(١) في مناسبة قضية

(Bell V. Leuer Brothers (1932) A. C. 161. at. P. 224).

ويراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٢٣).

(٢) القضية السابقة.

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٢٤).

كما يجوز أن ترفع الدعوى المدنية بطلب التعويض نتيجة هذا الغش أما إذا كانت الأقوال صدرت ببراءة، وبنية سليمة فإنَّ القانون العام لا يقدم علاجاً في مثل هذه الحالة غير أنَّ هذه الثغرة قد اجتازتها محاكم العدالة ـ أو المراجعة ـ (The Court Of Chancery) حيث أوجدت سبيلاً لها بناء على مقتضى قواعد العدالة، فأعطت الحق للطرف المخدوع باحتيال بريء أن يطلب إبطال العقد دون التعويض»[١].

وقد وردت في ذلك عدَّة قضايا تؤكد هذه المعاني ففي قضية (Lamare V. Diron)[٢] قرر القاضي بأنَّ الأقوال التي تتم قبل الاتفاق لتشجيع أحد الأطراف على التعاقد تؤثر في العقد، ولذلك فإنَّ مشتري العقار يجوز أن يتأثر بأقوال البائع: إنَّ الأدوار الأرضية تامة الجفاف بمعنى أنَّها تصلح للمخازن وفي قضية أخرى[٣] قرر القاضي بأنَّ قول البائع: إنَّ التصريف الصحي يعمل بصورة طيبة يؤثر، حتى ولو كانت هذه التأكيدات لا ترد فيما بعد في شكل نصوص عند استكمال إجراءات العقد[٤] لكن يجب أن يستبعد عن نطاق التأثير الأقوال التي تمثل وجهة نظر، أو رأي ففي قضية (Bisset V. Wilkinson)[٥] التي تتلخص وقائعها في أنَّ بائع قطعة أرض في نيوزلندا قد عبر عن رأيه: أنها تتسع لعشرين ألفاً من الخراف، وكانت الأرض لم يسبق أن استخدمت في هذا الغرض، واكتشف المشتري فيما بعد أنها لا تصلح لهذا الغرض فبذل محاولات لإبطال العقد، لكن الجهة القضائية المختصة رفضت هذه الطلبات، وقدرت أن أقوال البائع لا تعدو أن تكون تعبيراً أميناً عن رأيه، فهناك فرق كبير بين أقوال بائع الساعات الذي يعبر عن رأيه بأنَّ ساعة معينة تساوي الثلاثين جنيهاً، وبيَّن قوله: أنَّه دفع فيها ثلاثون جنيهاً، فالقول الأخير يعبر عن حقيقة

---

(١) المصدر السابق نفسه ص (١٢٤ ـ ١٢٥).

(٢) في

(1873 L. R. 6 H. L. 414).

ويراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٢٥).

(٣) قضية: ١٩٥٥

(Wihittington V. Seade. Haunce (1900) 82 LT 49).

(٤) ولسون، المصدر السابق ص (١٢٥). وراجع في ذلك عدَّة قضايا منها قضية

(Lamare V. Diron (1873) L. R. 6 H. L. 414).

وقضية:

(Whittington V. Seale. Haune (1900) 82 L. T. 49).

(٥) رقمها:

((1927) A. C. 177).

واقعة نتحقق منها لنصل إلى كونه صدقاً أو كذباً، في حين أنَّ قوله الأول إنما يعبر عن رأيه واعتقاده وذا لا نتحقق من صدقه، أو زيفه، وإن كان لنا الحق في التثبت من كونه هل هو رأيه فعلاً، أم قاله جزافاً[(١)]، أو تضليلاً غير أنَّ كشف ذلك ليس بالأمر الهين، وقال القاضي (Bowen) في حيثيات قضية: [(٢)] (Smith V. Land And House Property Corperation): «ينصرف الذهن خطأ إلى الاعتقاد بأنَّ الرأي لا يشترط بالضرورة أن يكون تعبيراً عن الواقع، ولكن في حالة ما إذا كانت الحقائق معروفة لطرفي العقد فإنَّ ما يقوله أحد الأطراف للطرف الآخر لا تعدو أن تكون تعبيراً عن رأي، وفي حالة ما إذا لم يكن الطرفان على علم بالحقائق على قدم المساواة. . . فإنَّ ما يقوله هذا الطرف الواعي المدرك للحقائق دون الآخر إنما تكون أقوالاً لها صلة بالواقع والحقيقة»[(٣)].

ومع ذلك فهناك هوامش على كل حال ينبغي أن نراعيها عند سماعنا أقوال المدح والتقريظ التي قد يغالي فيها مندوبو الشركات أو الأفراد، ولا غرو أن يصاب المشتري بخيبة الأمل عندما يقع نظره على ما وصفه المندوب بأنَّها «أرض مرغوبة، أو خصبة وقابلة للإصلاح»[(٤)]، ومع ذلك فليس له الحق في المطالبة بالإبطال، وذلك «لأنَّ هذه الأمور من مقتضيات مهنة القائمين بالبيع، بل هي صفة من صفات البائع الناجح»[(٥)]، فالمنهي عنه هو أن تأتي الأقوال مدعومة بتفاصيل ومواصفات كأنَّها حقائق[(٦)]. ولا يهم بعد ذلك كيفية التعبير عن هذا التأثير بأية وسيلة كانت، ففي قضية (Walter V. Morgan)[(٧)] قال القاضي اللورد (Camphell) «ويغير من الموقف أن تصدر أقوال، أو إيماءة، أو حركة معينة من الرأس، أو ابتسامة من المشتري كي يرغب البائع في

---

(١) من حيثيات القضية السابقة. ويراجع. ولسون، المصدر السابق ص (١٢٦).

(٢) قضية سنة (١٨٨٤) رقم. (1884) 28 ch o. 7)

(٣) حيثيات القضية السابقة ص (١٥).

(٤) قضية

(Dimmock v. Hallett (1866) L. R. 2 Ch. App. at 27).

(٥) ولسون، المصدر السابق ص (١٢٧). ونحب أن نقارن هذا الوصف بما عليه الفقه الإسلامي من وجوب البيان وكشف الحقيقة مهما ترتب على ذلك من نتائج.

(٦) قضية

(Broke V. Rounthwaite (1846) 5 Hare 298).

(٧) قضية السنة (١٨٦١) رقم

(3 De G. F. V. J. 718 at P. 724).

الاعتقاد بوجود سبب يؤثر في سعر الشيء المباع وهذا يكفي لأن تتدخل المحكمة لترفض تنفيذ اتفاق معين»(١).

ثمَّ إنَّ القضاء الإنجليزي لا يكتفي بالمصارحة الجزئية في العقود التجارية إذا كانت تعطي انطباعاً زائفاً، فالأقوال التي يدلي بها المتعاقد في سياق المفاوضات التجارية ـ وهي صحيحية في معناها الحرفي لكنها مع ذلك تعطي انطباعاً غير صحيح ـ تؤثر في العقد إذا كانت تتصل بوقائع أخرى، وحقائق لم يبينها، بمعنى: «أن الاحتيال قد تتوافر أركانه عند إخفاء جزء من الحقائق، وبذلك لا يخلو العرض من زيف وخداع، مثلاً عندما يختار الشخص إجاباته بعناية عند توجيه الأسئلة إليه، فيقدم فقط الحقائق التي تخدم أغراضه، ويبث الثقة في نفس المخاطب، ومع ذلك يحجب عنه بقية الحقائق لا يخلو عرضه هذا من زيف وخداع وغش، بل إنَّ هذا الشخص أشد مكراً في صياغة صور الاحتيال على هذا النوع»(٢).

وفي قضية (With V. O. Flangan) طرحت عيادة طبية للبيع على أساس أن إيرادها ألفاً جنيه في السنة، ودارت مفاوضات البيع على هذا الأساس، ثمَّ انخفضت إيرادات العيادة كثيراً بسبب مرض البائع عند إتمام البيع، لكنَّ البائع لم يفصح عن هذه الحقيقة فقضت المحكمة بإلغاء عقد البيع، وقال قاضيها (Fry): «إنَّ البائع عليه أن يصحح أية أقوال خاطئة تصدر عنه»(٣)، فعلى هذا فالسكوت والكتمان يؤدي إلى الإبطال إذا كان مؤثراً(٤).

أنواع التدليس في القانون الإنجليزي:

سبق أن ذكرنا أن القانون العام لم يكن يرتب الأثر إلا على الغش المتعمد باعتباره جريمة مدنية، فلم يكن للتدليس البريء أي أثر، ثم استطاع قانون العدالة من خلال محاكمه أن يقدم علاجاً لكل تدليس دافع، وذلك بالحكم على العقد الذي تم تحت تأثيره بالبطلان، ثم توج هذا الاتجاه بقانون التدليس لسنة ١٩٦٧ فقلل إلى حد كبير من أهمية التفرقة بين التدليس العمدي والتدليس غير العمدي، فقد استطاع

(١) من حيثيات القضية السابقة ص (٧٢٤).

(٢) من أقوال القاضي (Park) في مناسبة قضية

(Foster V. Charles (1830) 6 Birg 396 at P. 403).

(٣) قضية سنة ١٨٧٨ رقمها (8 ch. D. 469) ص (٤٧٥).

(٤) ولسون المصدر السابق ص (١٢٩ ـ ١٣٠).

القضاء الإنجليزي أن يوسع فكرة البيان غير الصحيح (Misrepresentation) لتشمل: التدليس العمدي، والتدليس بإهمال، والتدليس البريء[1]، ونحن نوجز القول في إعطاء فكرة لهذه الأنواع الثلاثة:

النوع الأول: التدليس العمدي:

(Frauduent Misrepresentatation):

لا يقصد بالتدليس العمدي في القانون الإنجليزي التدليس بسوء النية وقصد الإضرار والتضليل، في القانون اللاتيني، بل المراد هو أن يتوافر من الطرف المدلس تحايل بالفعل للطرف الآخر، لأن القانون العام لا يبحث عن القصد والنية[2]، وهذا لا يعني عدم وجود القصد السيء بل المراد أن القانون الإنجليزي العام لا يتطلب إثباته، فليس من الضروري إثبات توافر الدافع غير النزيه لنجاح قضية الاحتيال فالإثبات القائم على أساس أن الأقوال تمت مع العلم بزيفها يكفي بصرف النظر عن عدم وجود نية الإضرار فقد قال القاضي (Tindal): «إنه يعتبر من قبيل الاحتيال في القانون إذا أدلى بأقوال يعلم أنها غير صحيحة حتى ولو كانت دوافعه لا تظهر أنها تنطوي على سوء نية...»[3]، فالتدليس العمدي هو استعجال المدلس وسائل مضللة تدفع العاقد إلى التعاقد، وقد أوضح ذلك اللورد هرشيل (Herschell) في قضية شهيرة[4] عرضت على مجلس اللوردات فقال: «... أولاً: يجب لقبول دعوى الاحتيال قيام دليل يثبت الخديعة والاحتيال. ثانياً: ويثبت الاحتيال في حالة التأكيد أو الإعلان غير الصحيح: ١ ـ مع العلم بهذا الاحتيال، ٢ ـ أو بدون الاعتقاد في صدقه، ٣ ـ أو بطريق التقصير والإهمال سواء كان ذلك فعلاً أم قولاً خادعاً زائفاً»[5]، يقول ولسون معلقاً على ذلك:

---

(١) ولسون، المصدر السابق ص (١٣٤)؛ والمصادر السابقة.

(٢) انظر قضية:

(Polhill V. Walter (1832), 3B - Ad. 114.).

(٣) قضية:

(Angas V. Cliffed (1891) 2 Ch 449).

ص (٤٦٣، ٤٧٠).

(٤) قضية:

(Derrg V. Peek (1889) 14 App cas 337 at P. 374).

ويراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٣٤)؛ والمصادر السابقة.

(٥) من حيثيات القضية السابقة ص (٣٧٥).

إن البند: ـ ٣ ـ ليس إلا مظهراً من مظاهر البند ـ ٢ ـ، لأن من تصدر عنه أقوال أو تصاريح في مثل هذه الظروف لا يمكن أن يلقى أحداً يصدقه: ـ أي لو اطلع على حقيقتها، ولذلك فهو عالم بعدم صدق أقواله أو أفعاله تلك ـ ومن هنا لا يتحقق الاحتيال إلا إذا وجدت هذه الأقوال الخادعة اعتقاداً بريئاً بأنها أقوال صادقة»[١].

النوع الثاني: التدليس البريء:

(Purlg Innocent Misrepresentation)

يراد بالتدليس البريء هو أن لا يكون المدلس قد استعمل طرقاً احتيالية بقصد التضليل، وإنما صدر عنه تأكيد غير صحيح له أساس معقول في الاعتقاد في صدقه. وقد أولى القانون الإنجليزي عناية فائقة بالتمييز بين البيانات الزائفة التي يدلي بها المدلس بطريق الاحتيال، وبسوء النية، وبين التدليس البريء الذي يتم بسلامة النية والبراءة، والاعتقاد الأمين في صدق البيان[٢]، وذلك التمييز يعود إلى أن القانون العام ـ كما سبق ـ لم يكن يرتب أي أثر على التدليس البريء لا من حيث التعويض، ولا من حيث الحكم بقابلية العقد للبطلان إلا في حالة ما إذا ضُمِّن التأكيد غير الصحيح في العقد، أي بأن يكون يمثل شرطاً أساسياً في التعاقد، وحينئذ يعالجه على أساس فقد أحد شروطه لا على أساس التدليس، وقد كانت المحاكم تبرر موقف القانون العام على أساسين: ـ

أولهما: أن الطرف الذي يدعى أنه مخدوع لا يقبل دفاعه، لأنه كان أحرى به أن يتحقق من البيانات التي ذكرت له أثناء العقد، فهو قد فرط في حقه، أو قد رضي بالمعقود عليه على أي صفة كانت ولذلك لم يتأكد من البيانات العادية.

ثانيهما: أنه لا ينبغي أن يفيد شخص من مجرد البيانات الزائفة[٣].

وأما قانون العدالة فقد قرر رفض الأمر بالتنفيذ العيني ضد شخص أبرم تحت

---

(١) ولسون: المصدر السابق ص (١٣٤).

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١٣٤ ـ ١٣٥).

وولستون، المصدر السابق بند (٩٤، ٩٥).

ود. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٢١٦).

(٣) قضية:

(Jessl M.R. in Redgraue V. Hard (1881) 20 Ch. D. I. at P. 12.).

تأثير التأكيد غير الصحيح البريء[1]، ثم تطور قضاء العدالة فقرر إعطاء الحق للطرف المتضرر في المطالبة بإبطال العقد[2]، ثم خطا القضاء خطوة أخرى فأصبحت المحاكم مستعدة منذ منتصف حوالي القرن التاسع عشر أن تتخذ موقفاً إيجابياً، وتصدر حكمها بتنحية مثل هذا العقد جانباً[3]، ثم لما اندمجت محاكم القانون العام ومحاكم العدالة وصدر قانون القضاء لسنة ١٨٧٣ أصبحت الأحكام على هذه الوتيرة متاحة في كل دوائر المحاكم، ومع ذلك لم يفقد التمييز بين التدليس البريء، والتدليس غير البريء أهميته، حيث إن قضية التعويض إنما تترتب على التدليس غير البريء[4].

ثم صدر قانون التدليس في إنجلترا لسنة ١٩٦٧ فأحدث تعديلاً جذرياً في قواعد التدليس فوسع في مفهوم التدليس، وقلل من قيمة التمييز بين التدليس البريء، وغير البريء في نطاق العقود فنص في الفصل الثاني منه على أن الشخص الذي يبرم عقداً تحت تأثير تدليس بدون غش (أي بريء) يكون له الحق في المطالبة بإبطال العقد، ويكون للمحكمة أو هيئة التحكيم أن تحكم بالإبطال، أو تمنح بدلاً منه تعويضاً إذا رأت أن ذلك أوفق لتحقيق العدالة، وذلك من خلال النظر إلى طبيعة التدليس، والخسارة المتسببة إذا أبقي العقد، والخسارة التي تلحق الطرف الآخر من الإبطال فقد أعطى هذا النص سلطة تقديرية واسعة للمحكمة في الإبقاء على العقد مع إعطاء التعويض للطرف المتضرر، أو إبطاله، وذلك حسب الموازنة التي تقتنع بها المحكمة[5]، وبالإضافة إلى القواعد السابقة في نطاق المعاملات فإنه قد صدر قانون الغش التجاري لسنة ١٩٦٨ ووسع في مفهوم التدليس حتى اعتبر تغير الحقيقة في وصف البضائع الذي يخدع الأشخاص من قبيل الاعتداء الجنائي.

---

(١) انظر قضية:

(Dixon v. Lamare (1873) L.R. 6 H. 2 414).

(٢) انظر قضية:

(Redgrave V. Hard (1881) 20 Ch. D. 1.).

(٣) انظر قضية:

(Rowlins V. Wichham (1858) 3 De G V. J. 304).

(٤) ولسون، المصدر السابق ص (١٣٤).
ود. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٢١٨...).

(٥) المصادر السابقة.

النوع الثالث: التدليس بالإهمال:
: (Negligent Misrepresentation)

والتدليس في الإهمال لا يدخل ضمن التأكيد العمدي، لأنه لا يتعمد الغش والتضليل، كما أنه ليس من التدليس البريء لوجود قصور منه وتفريط، بل هو بيان غير صحيح صادر من شخص دون أن يكون له أساس قوي يجعله يعتقد في صدق هذا التأكيد[١].

فقانون العدالة ـ كما سبق ـ قد وسع مفهوم الغش والتدليس ليشمل التدليس البريء، والإهمال، ومما ذكره اللورد هرشيل في القضية السابقة في سنة (١٨٨٩) يفهم بوضوح أنه ليس من الضروري لنشأة الإحتيال أن يكون المحتال عالماً بزيف ما يقول، بل يكفي أنه لا يعتقد في صدقها، أو أنه يلقى الكلام على عواهنه، وبما يحمل على الاعتقاد بأنه قول صدر مرسلاً وبإهمال، والإهمال هو ما لم يعلم إذا كانت الأقوال صادقة أو زائفة[٢]، فبائع السيارة يصبح محتالاً إذا نسب للسيارة موضوع العقد صفات ليست فيها كأن يذكر قوتها بأنها تعادل مائة حصان ـ مثلاً ـ على الرغم من أنه لا يعلم تماماً أن ما يقوله لا يمثل الحقيقة، وهو أيضاً محتال إذا سئل في موضوع فني فأفتى فيه عن غير علم، فهو يؤكد شيئاً ليس لديه أي فكرة عنه وما إذا كان ما يقوله صدقاً أو زيفاً، وفي كلتا الحالتين يقول بما يعلم ولكنه يعرف أنه ليست لديه المعرفة اليقينية بما يقول[٣]. ويدخل في التدليس بالإهمال أيضاً أن يخبر الشخص بأمانة، وبمعقولية في صدق تأكيده، ثم يحصل على معلومات إضافية تجعل اعتقاده السابق غير صحيح، فإنه قد يعتبر مسؤولاً إذا لم يقم بتصحيح تأكيده.

وتأسيساً على ما سبق فإذا كان شخص عليه واجب يجعله محلاً للثقة وأصدر تأكيدات غير صحيحة دون أن يأخذ الحيطة المعقولة للتحقق من صحتها فإنه قد ارتكب غشاً على ضوء مفهوم العدالة له، لأن ذلك يعد إخلالاً بواجب اتخاذ الحيطة وأخصب مكان لفكرة التدليس بالإهمال هو ما كانت الثقة متوطدة بين الطرفين كعلاقة المحامي بموكله، والوالد بالابن، والقيم بمن هو تحت قوامته ونحوهم، ففي قضية (Nocton

---

(١) ولسون، المصدر السابق ص (١٣٤)؛ وولستون، المصدر السابق بند (٩٤ ـ ٩٥)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٢٠٨).

(٢) حيثيات القضية السابقة الإشارة إليها ص (٣٧٥). ويراجع ولسون المصدر السابق ص (١٣٤).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٢٩ ـ ١٣٠).

(V. Lord Ashbarton)[1]، نصح المحامي عميله اللورد أشبيرتون أن يرفع عن جزء من الرهن على أساس بعض التأكيدات غير الصحيحة، وتسبب ذلك في إلحاق خسائر باللورد، فرفع دعوى ضد المحامي طالباً التعويض فقرر مجلس اللوردات بأنه مع التسليم بعدم وجود غش كاف لدعوى الخديعة - أي التدليس العمدي - لكن له الحق في الرجوع عليه على أساس الفكرة الموسعة للغش، فما دامت النصيحة قد أعطيت دون الكفاية والحرص اللازمين بل شابها الإهمال وعدم البحث فيما يجب البحث فيه فيجب أن يعوض عن الخسارة التي لحقته جراء ذلك[2]. فقضاء العدالة لا يمنح التعويض على تأكيد غير صحيح بسبب الإهمال، لأن التعويض يحكم به على وفق القانون العام وهو لا يقره على الإهمال في تأكيد غير صحيح، وعلى الرغم من أنه قد بذلت عدة محاولات لتقرير التعويض في القانون العام على أساس قانون المسؤولية المدنية للإهمال إلا أنها لم يكتب لها النجاح حيث أصرت المحاكم على عدم تأييد وجود واجب عام في اتخاذ الحيطة لتجنب خسارة جراء إهمال في التأكيدات غير الصحيحة، كما أن ذلك سوف يفتح مجال المسؤولية على مصراعيها وبلا حدود[3]، ويشغل المحاكم بأمور كان أساسها يعود إلى قصور في الطرف المتضرر حيث لم يتأكد في أمور خاصة به، فقد ذكر اللورد (Haldone) أنه «على الرغم من أن المسؤولية في الكلمة لا ينكر تطورها من الناحية المادية في القانون الإنجليزي بطريقة تختلف عن المسؤولية عن الإهمال في االفعل فليس بعيداً عن الحقيقة أن يفرض على الشخص اتخاذ الحيطة عند إعطائه معلومات أو نصائح، . . . فالقول بأن ذلك واجب أم لا إنما يتوقف على العلاقة بين الأطراف، فهناك بعض حالات ليست قليلة يمكن أن ينظر فيها إلى العلاقة على أنها تفرض واجباً خاصاً باتخاذ الحيطة في التأكيد»[4]، وأكثر من ذلك فقد قرر مجلس اللوردات في قضية شهيرة[5] حديثة تقريباً «أنه ما دامت المعلومات قد

---

(١) قضية سنة (١٩٤١) رقمها (A.C., 932)؛ ويراجع المصادر السابقة.

(٢) من حيثيات القضية السابقة.

(٣) انظر قضية:

(Vltramares cpn. V. Touche 931 174 N. E. 441.).

(٤) من حيثيات القضية السابقة ص (٦٤٨).

(٥) قضية:

(Hedleg Byre and Co., V. Heller and Partners, Ltd (1964) A.C.465).

وتتلخص وقائعها في أن المستأنفين شكوا في مركز الشركة المالي فسألوا بنك الشركة لإعطائه معلومات حول قدرتها المالية، فأعطاهم معلومات إيجابية مع تحفظه بعدم المسؤولية، وعلى ضوء =

أعطيت بدون مسؤولية فإن المستأنف عليه لا يكون تحت أية مسؤولية بالنظر إلى صحة هذه المعلومات، ثم أضاف أنه في حالة عدم وجود تحفظ من هذا النوع فيكون ثمة مجال لدعوى تعويض على أساس الإهمال في إصدار تأكيد غير صحيح»(١)، ثم لما صدر قانون التدليس لسنة ١٩٦٧ أكد هذه المعاني السابقة في فصله الثاني وقرر التعويض سواء كان التأكيد غير الصحيح بغش أو بدون غش، ويدخل في الحالة الأخيرة التدليس بإهمال. فعلى ضوء هذا القانون الأخير لا يبقى فرق في الجزاء بين التدليس بإهمال، والتدليس بغش حيث إن للطرف المدلس عليه بناء على نصوص الفصل الثاني منه الحق في أن يختار بين إجازة العقد وإبطاله، كما له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس الإهمال إذا كان التدليس قد وقع في مرحلة التعاقد التمهيدية(٢).

شروط التدليس في القانون الإنجليزي:

يستنبط مما سبق أن فكرة التأكيد غير الصحيح (Misrepresentation) في القانون الإنجليزي إنما يترتب عليها الأثر إذا توفرت فيها شروط معينة وهي:

أولاً: تحقق تأكيد إيجابي، أو سلوك من جانب أحد طرفي التعاقد، هذه هي القاعدة العامة، وأن مجرد الكتمان لا يكفي ففي قضية (Keates V. Lord Cadogan)(٣) قرر القاضي بأن سكوت المدعي عليه لا يشكل أي تأكيد غير صحيح، ويقول القاضي اللورد (Atkin) في قضية (Bell V. Lever Brothers)(٤): «إن عدم الكشف عن الحقائق المادية قد يؤثر في ذهن المتعاقد لكنه لا يعطيه الحق في إبطال االعقد ولذلك

= هذه المعلومات استثمر المستأنفون الأوامر فنتج عنها خسارة ١٧٠٠ جنية.

يراجع أيضاً: المصادر السابقة.

(١) حيثيات القضية السابقة ص (٤٦٥)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (٢١٢ - ٢١٣).

(٢) وتطبيقاً للفصل الثاني من قانون التدليس المذكور قد صدرت عدة أحكام قضائية منها قضية:

(Gosling V. Andervs, The Times 6 in Februarg 1972).

(٣) قضية سنة (١٨٥١) رقمها (Lo C.V. 591) وقضية سنة (١٨٣٧) رقمها (R.V. B-7C V. P. 784).

ويقول ولسون، (المصدر السابق ص ١٢٨): «إن القاعدة العامة أن الصمت لا يشكل عرضاً مخالفاً للواقع».

(٤) قضية سنة ١٩٣٢ رقمها:

(A.C. 161 at. P. 227).

فمن باع منزلاً ليس ملزماً أن يقول: إن المنزل آيل للسقوط حتى إذا كان يعلم أن من يشتريه يود أن يسكنه على الفور»[١]، ولكن يؤثر السلوك الإيجابي على أي شكل كان يقول القاضي اللورد (Campbell): «ويغير من الموقف أن تصدر أقوال، أو إيماءة، أو حركة معينة من الرأس، أو ابتسامة كي يرغب البائع في الاعتقاد بوجود سبب يؤثر في سعر الشيء المباع، وهذا يكفي لأن تتدخل المحكمة لرفض تنفيذ اتفاق معين...»[٢]، ولكن ترد استثناءات معينة على هذه القاعدة[٣]، منها أن يكتشف الشخص الذي أدلى بالأقوال أنه أخطأ فيما صرح به، أو أنه بسبب تغيير الظروف لم تعد أقواله تنطبق على الواقع، فحينئذ يصبح ملزماً بأن يقول الحقيقة ففي مثل هذه الحالة لا ينفعه المبدأ العام القائل بأن الصمت لا يترتب عليه تدليس[٤].

ثانياً: كون التأكيد غير الصحيح يمثل واقعة غير صحيحة، لا أن يكون تعبيراً عن رأيه الشخصي، فالتدليس إنما يتحقق عندما يعلم الطرف المدلس الحقيقة ثم يؤكد واقعة يعلم أنها غير صحيحة، ففي قضية (Bisset V. Wilkinson) السابقة كان بائع المزرعة قد أعلن عن رأيه بأن المزرعة طبقاً لتقديراته أنه يمكن أن يربي فيها ٢٠٠٠ من الخراف، وعلى الرغم من أن هذا التأكيد مبالغ فيه لكن المحكمة لم تحكم بتحقق التدليس بل قضت بأنه تعبير عن رأيه[٥].

فالتأكيد يشترط فيه ليكون تدليساً أن يكون تعبيراً عن النية[٦]، وهذا ما أوضحه القاضي (Mellish) بقوله: «وهناك اختلاف واضح بين الأقوال غير المعبرة عن الحقيقة، والأقوال التي تكون صادقة وقت صدور هذه الأقوال ثم تطرأ ظروف تغير من هذا الواقع، ولذلك يجب أن تبعد عن هذا النطاق الأقوال التي تتناول النوايا

---

(١) حيثيات القضية السابقة، ويراجع: قضية:

(Turner V. Green (1895) 2 ch. 205).

(٢) من حيثيات قضية:

(Waltens V. Morgon (1861) 3 Deg-F.V.J. 18, at P. 724).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٢٨)؛ والمصادر السابقة.

(٤) قضية:

(Davies V. London and Provincial Marine Insurance (1878) 8 Ch. D.).

(٥) يراجع ولسون ص (١٢٥ - ١٢٦).

(٦) لا يتعارض هذا مع ما سبق في أن القانون العام لا يهتم بالقصد والنية، وذلك لأن المقصود هنا ليس اعتبار النية، وإنما اعتبار القول الدال على النية.

المستقبلية. .»[٥]. ومن ناحية أخرى إذا كان الطرف الذي يدلي بالأقوال ليست لديه النية فعلاً وقت صدور الكلام فإن أقواله الصادقة تقتصر على الجزء الذي يتفق مع الحقيقة والواقع فقط، ولذلك فإنه في قضية (Edgington V. fitgmaurce)[١] كان مديرو الشركة قد أصدروا دعوة للاكتتاب في سندات تصدرها الشركة وذكروا أن المبلغ المتجمع من السندات سوف يستخدم في تعديل مباني الشركة وفي تنمية التجارة، وفي الواقع كانوا يقصدون استخدامه في سداد ديون الشركة، ولذلك كان رأي المحكمة أن هذه الأقوال لا تمثل الحقيقة، بل هي تأكيد غير صحيح يدل على أنهم كانا يضمرون سداد الديون وقت إصدارهم السندات.

ثالثاً: أن يكون التأكيد غير الصحيح صادراً من أحد المتعاقدين وفي الواقع لم أعثر على هذا الشرط صراحة في السوابق القضائية ولا في الكتب الفقهية المتاحة مراجعتها لي، لكنها ستهدينا إليه، وذلك لأن القانون العام ـ كما سبق ـ لا ينظر إلى الغش باعتباره عيباً في الرضا وإنما يعالجه من خلال كونه جريمة مدنية، ولذلك «فهو يتدخل في حالة الاحتيال عندما يحتال أحد الأطراف عمداً وعن علم ويقصد الغش»[٢]. وعلى ضوء هذا إذا كان الاحتيال صادراً من غير العاقدين فإن الطرف المتضرر يرفع الدعوى عليه للتعويض. وربما توضح هذا الشرط قضية (Peek V. Gurrneg.)[٣]، والتي تتلخص وقائعها في أن مؤسسي الشركة كانوا قد أصدروا كتيباً خاصاً للأشخاص الذين خصصت لهم الأسهم ضمنوه بيانات غير صحيحة فاطلع عليه المستأنف واشترى أسهم هذه الشركة اعتماداً على تلك التأكيدات الكاذبة، مع العلم أنه لم يكن من الأشخاص الذين خصصت لهم الأسهم عند تكوين الشركة ـ أي لم يكن الكتاب موجهاً إليه ـ لكنه اشترى هذه الأسهم من شخص خصصت له عند التأسيس فقضى مجلس اللوردات بأن الكتيب كان موجهاً فقط لطلاب الأسهم عند

---

(١) من حيثيات قضية:

(Beattie V. Ebwrg (1872) L.R. 7 Ch. App. 777 at P. 804.).

(٢) قضية سنة (١٨٨٤) رقمها:

((1884) 29 Ch. D. 459).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٢٤).

(٤) قضية (١٨٧٣) رقمها:

((1870).. L. R. 6 H. L. 377.).

ويراجع، د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (١٩٤ ـ ١٩٥).

التأسيس وأن قصد الخديعة لا يمكن افتراض امتداده لغيرهم، وأن الكتيب المتضمن تلك البيانات قد أدى دوره وانقضى بالتخصيص، وتأسيس الشركة ولذلك لم يحكم بتحقق التدليس المؤثر، وإنما يعود التقصير إلى المستأنف نفسه حيث أقدم على العقد بناء على بيانات لم تكن موجهة إليه، بل قد انتهى دورها بالتخصيص والتأسيس، لكن لو كان الكتيب جزءاً من مخطط الغش بأن استعمله أحد العاقدين للتأثير على الآخر ضمن سلسلة من التأكيدات التي تنشر بسوء النية من وقت لآخر في الصحف فإن أثره لا ينتهي بمجرد تخصيص الأسهم، بل يعطي أساساً لدعوى الخديعة لآخرين غير المخصص لهم الأسهم، وذلك لأن التأكيد المزيف الذي استمر نشره يدل على أنه موجه للجمهور، ودافع لهم في الاستمرار في شراء الأسهم[1].

فيفهم من القضية السابقة أن السبب في عدم حكم مجلس اللوردات بقابلية العقد للإبطال يعود إلى أن الكتيب لم يكن موجهاً إلى المستأنف وإنما كان موجهاً قبل هؤلاء الذين خصصت لهم الأسهم، فقصد الخديعة متوافر نحوهم فلهم الحق في إبطال العقود التي تمت في ظل هذا البيان الكاذب، وأما غيرهم ممن يأتي بعد مرحلة التأسيس فلم توجه إليهم هذه البيانات التي يتضمنها الكتيب، وبالتالي فنية الخديعة غير موجهة إليهم، أما في حالة نشر البيانات الكاذبة في الصحف التي تؤيد الكتيب بعد تمام الأسهم فهذا يعطي مشتري الأسهم من غير الشركة الحق في المطالبة بإبطال العقد للتدليس وحق التعويض من الشركة على أساس دعوى الخديعة[2].

رابعاً: أن يكون التأكيد غير الصحيح دافعاً للتعاقد، فلا بدَّ أن يكون التأكيد هو الذي أدَّى إلى تكوين العقد ففي قضية (Edingtonv. Ftzmaurice)[3] كان مشتري سندات إحدى الشركات قد وقع ضحية أقوال زائفة خادعة تتعلق بمستقبل الشركة التي يشتري أسهمها، وعلى أساس اعتقاد خاطىء من المشتري بأنَّ السندات تجعله شريكاً في ممتلكات الشركة، ومع ذلك قضت المحكمة بإزالة أسباب الغبن، واعتمدت

---

(١) انظر قضية بهذا المعنى:

(Andrews V. Mexkford (869) I.Q. B. 372.).

(٢) د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (١٩٥ - ١٩٦). وفي هذا المعنى حكم حديث نسبياً في سنة (١٩٦٩) في قضية:

(٣) رقمها:

(Gross V. Lewis Hillman Ltd Ane Another (1969) 3 All E. R. 1476).

المحكمة على أنَّ الأقوال الزائفة كانت هي الدافع الوحيد للمشتري للإقبال على شراء تلك السندات(١).

وقد كان القانون الإنجليزي يشترط كون التأكيد غير الصحيح هو الدافع الوحيد ثمَّ تطور نحو كسر هذا الجمود باكتفائه بأن يكون التأكيد غير الصحيح أحد الأسباب التي حملت على التعاقد لكن بشرط أن يؤثر فعلاً على قصد الدخول في الاتفاق بمعنى أن يكون متعلقاً بوقائع جوهرية لها تأثير فعَّال في عملية التعاقد(٢). ثمَّ إنَّ مسألة ما إذا كان التأكيد غير الصحيح قد أدَّى إلى التعاقد أم لا مسألة تتعلق بالموضوع فتجري مناقشة موضوعية، وليس من الضروري تقديم دليل على قيام سبب أو تأثير كما أوضح ذلك القاضي (Lord Blackbnrn) بقوله: «فإذا كان المدَّعي عليهم قد أغروا المدعي على التعاقد، وثبت هذا الإغراء في التعاقد، ويثبت أنَّ هذه الأقوال هي السبب وراء تعاقد المدَّعي فيجوز أن تستنتج المحكمة عدلاً أنَّه وقع تأثير هذه الأقوال فيه»(٣). ومن هنا استنتج ولسون أنَّه لا يجوز لشخص أن يحتج بأنَّه قد أغري على الدخول في تعاقد بناء على إغراء أقوال زائفة في الظروف الآتية:

١ ـ إذا لم يكن يدري بأنَّ هذه الأقوال قد قيلت.

٢ ـ أو عندما يجهل فحواها.

٣ ـ أو إذا كان يدري أنَّها أقوال غير صحيحة»(٤).

ولم ينكر الفقه والقضاء صعوبة درجة التأثر ما لم يكن هناك دليل قاطع، أو شواهد قوية على الوقوع تحت تأثير ادعاءات غير صحيحة أو وجود عيوب قلل البائع من شأنها بشكل يؤثر على حرية إرادة المشتري أن يعاين السلعة معاينة دقيقة وواعية ونافية للجهالة(٥).

---

(١) من حيثيات القضية السابقة، ص (٤٨١) ويراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٣١).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) من حيثيات قضية

(Smith V. Chadwick (1884) 9 App. Case 187 P. 196).

(٤) ولسون المصدر السابق ص (١٣١).

(٥) قضية: (Smith V. Ch) السابقة. ويراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٣١)؛ والمصادر السابقة.

التأكيد غير الصحيح وعقود الثقة في القانون الإنجليزي

قسم القضاء والفقه في إنجلترا العقود ـ بالنظر إلى مدى تأثير التدليس فيها ـ إلى قسمين: عقود قائمة على المساومة، حيث يرتبط الأطراف بتعاقد تجاري، أو اقتصادي أو مالي، والمعيار فيها أنَّ كلاً من الطرفين يستطيع الوصول إلى المعلومات والحقائق الكافية التي يبنى عليها الاتفاق.

وعقود ثقة وهي العقود التي يكون أحد الأطراف لديه كل المعلومات، والحقائق المادية المؤدية إلى تكوين العقد، مثل عقود التأمين بكل فروعها، وبيع الأسهم في شركة عامة، وهي عقود سماها القانون الإنجليزي بعقود الثقة، لأنها تقوم على المصارحة الكاملة، فهذه العقود تصبح باطلة ما لم يثبت الطرف الذي لديه كل المعلومات حسن النية بالمصارحة الكاملة قبل إتمام العقد، وهذا الشرط هو الذي يجعل الطرفين على قدم المساواة، وقد ذكر الفقه والقضاء ثلاثة أنواع لعقود الثقة وهي:

١ ـ **عقود التأمين**: وقد استقرت القاعدة العامة فيها وهي أنَّ الشخص الذي يؤمن على منزله أو حياته أو أي من ممتلكاته لديه المعرفة التامة بكل الحقائق المادية التي على أساسها تصل شركة التأمين إلى تقديرها وتقدير مخاطرها، ولذلك لا ينفذ العقد ما لم يتم بالمصارحة الكاملة، ثمَّ إنَّ قاعدة فرض الالتزام بالمصارحة على من ينوي الاستفادة من التأمين لا تستند إلى المبادىء العامة للقانون العام، بل تنشأ من شرط ضمني وارد في العقد ذاته، وسابق على مسؤولية شركة التأمين في دفع التعويض حسب العقد[1]. وكذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (١٨) في قانون التأمين البحري على: «أنَّ المؤمن له يجب أن يصارح المؤمن (شركة التأمين) قبل انعقاد العقد بكافة الظروف المادية المعروفة للمؤمن له، وفي حالة عدم المصارحة يجوز للمؤمن تفادي مسؤوليات العقد»[2]. غير أنَّه يثور السؤال في القضاء الإنجليزي حول تحديد المعلومات الواجب بيانها على المؤمن له، أو عليه، وهل لتقديره أثر في ذلك.

وقد أجاب عن ذلك القاضي (Bagleg) في قضية (.Lindenau V

---

(١) من أقوال القاضي (Hamilton) في قضية (Pickersgi).

(٢) راجع في مختلف عقود التأمين التي لم تنفذ نتيجة عدم المصارحة، ولسون، المصدر السابق ص (١٣٧ ـ ١٣٨)؛ والمصادر السابقة.

(Desborough)[1] فأعطي لتقدير أطراف العقد تأثيراً في الحكم على الحقائق بأنَّها مادية أو غير مادية، وذلك لأنَّ الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون التأمين البحري تنص على أنَّه في حالة عقود التأمين البحري: «تعتبر كل الظروف مادية إذا كان لها تأثير على قرار شركة التأمين التي تأخذ بسياسة الحذر عند تقديرها ما إذا كانت تتعاقد، أو تمتنع عن التعاقد». وجاء في قضية (Joel V. Law Vhion And Crown Ins. Co)[2] أنَّ تقدير المحكمة يكون بناء على فحص للمسألة وبقصد التوصل إلى حقيقة أنَّ المؤمن له لم يحجب معلومات اعتقد أنَّها غير ذات أهمية في حين أنَّ الشخص المعقول كان يرى ضرورة المصارحة بها، فعلى هذا فالمعيار في ذلك هو تقدير الشخص المعقول، والواجب هو أن يصرح المؤمن له، أو عليه بجميع المعلومات التي لديه، والتي تصل إلى علمه، ولكن لا يجوز عدم تنفيذ الالتزامات حسب عقد التأمين على الحياة بسبب عدم مصارحة المؤمن عليه بأنَّه يعاني من مرض معين طالما أنَّه ـ باعتباره رجلاً معقولاً ـ كان يعتقد أنَّه في صحة جيدة وفي القضية السابقة أوضح القاضي بأنَّه «تجب المصارحة لكنك لا تستطيع المصارحة بما لا تعرف، ولذلك فإنَّ الالتزام بالمصارحة يعتمد بالضرورة على العلم»[3]، بل إنَّ الاتِّجاه الحديث بين شركات التأمين يتمثل في أنَّها تذكر شرطاً في بوالصها ينص على أنَّ المصارحة بدقة في الإجابة على الأسئلة هو الأساس لسريان أي بوليصة، وتقع على عاتق المؤمن له مسؤولية ما يترتب على عدم المصارحة، وبعبارة أخرى: إنه لا يكفي أن تكون الإجابات أمينة فحسب بل ودقيقة أيضاً[4].

٢ ـ عقد بيع الأسهم في الشركات العامة:

ومن المعلوم أنَّه يصدر عقد بيع أسهم الشركات العامة على أمل تحسن أسعاره في المستقبل، ويروج لهذه الأسهم مؤسسو الشركة المعنية، أو أعضاء مجلس إدارتها، أو مديروها، فيعتمد المساهم على المعلومات التي تصدرها الشركة، وتتعلق

---

(١) قضية سنة (١٨٢٨) ورقمها

(1828) B. V. 586.).

(٢) قضية سنة (١٩٠٨) ورقمها

(1908) 2 k. B. 863.).

(٣) قضية (١٩٠٨) السابقة.

(٤) من أقوال القاضي في قضية (١٩٠٨) السابقة ص (٨٨٥). ويراجع ولسون، المصدر السابق ص (١٣٩ - ١٤٠).

بمستقبلها، وبحيث يدرك المساهم أنَّ شراء مثل هذه الأسهم هو استثمار مناسب، وقد أوضح القاضي اللورد (Chelmsford) ذلك عام (١٨٦٧) فقال: «إنَّ الجمهور الذي يدعى للمساهمة في شركة جديدة ينبغي أن تتاح له فرصة بحيث يعرف عن طبيعة الشركة الجديدة كل ما يعرفه الأعضاء المؤسسون أنفسهم»(١). وكان هناك رأي أنَّ الالتزام بالمصارحة في هذه الحالة ليس في قوَّة الالتزام في حالة عقود التأمين البحري وفي حالة الاستثمار في الأسهم يجوز طرح الحقائق والظروف بأمانة، ومع ذلك يجوز حجب بعض الحقائق وذلك مشروع تماماً حتى ولو كان الإخفاء مؤثراً بشرط أن لا تكون البيانات مضللة بالفعل(٢)، وبالإضافة إلى هذه العلاجات المتوفرة في القانون العام فهناك قانون الشركات لسنة ١٩٤٨ ـ المعمول به الآن ـ الذي يحتم على أنواع معينة من المعلومات يجب المصارحة بها، وقد ذكر في مادته (٣٨) والجدول الرابع المرفق بالقانون قائمة طويلة تشمل تقريباً كل ما يهم المستثمر أن يعرفه عن الشركة وهي معلومات من شأنها أن تؤثر في حكم من ينوي استثمار أمواله في أسهم الشركة، أما إذا لم تستوف متطلبات القانون فيصبح مديرو الشركة وأعضاء مجلس إدارتها مسؤولين عن تعويض الأشخاص الذين لحقتهم خسائر بسبب عدم كفاية المعلومات بموجب المادة (٤٣) منه إذا كانت البيانات مضللة (مادة ٤٦) ولا يتفادون هذه المسؤولية إلَّا إذا لم يكونوا على بينة من المسائل التي لم يصارحوا بها، أو إن كان عدم المصارحة خطأً نزيهاً في فهمهم للحقائق أو أنَّ الحقائق التي لم يصارحوا بها ليست ذات بال(٣).

٣ ـ شركات المساهمة الأسرية بين أفراد العائلة:

وهذا النوع من شركات الأفراد شائع في إنجلترا ويشمل كل الاتفاقات والتسويات التي تتعلق بتقسيم الأموال والأملاك، وتساعد على حل الخلافات العائلية، وتحفظ وحدة أملاك الأسرة، فقد يكون بعض الأقارب ـ بحكم طبيعة الظروف المحيطة بهم ـ لديهم معلومات تزيد على معلومات بقية الأسرة، فالعدالة تقضي بإشاعة المعرفة بين كل الشركاء فيما يتعلق بكل الحقائق المادية في مثل هذه الأحوال. ففي قضية

---

(١) قضية

(Central Raitwag Compang Of Venezuela V. Kisch (1867) L. R. 2 H. L. 99. at P. 113).

(٢) من أقوال القاضي لورد (Watsen) في مناسبة قضية

(Anon's Sreef, Ltd., V. Twiss (1896) A. C. 273 at P. 287).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٤١).

(Greenwood·V Greenwood)[1] كان هناك اتفاق بين الأخوة والأخوات الذين في قيد الحياة على اقتسام أملاك شقيقهم المتوفى، ولكن المحكمة قررت عدم الاعتداد بالاتفاق بسبب عدم مصارحة أحد الأشقاء بمعلومات تتعلق بصحة قيمة الأملاك.

بالإضافة إلى وجوب المصارحة في عقود الثقة فهناك عقود ثلاثة أخرى وهي عقود الوصاية، والضمان، والكفالة، تجب فيها المصارحة الكاملة حتى يكون الضامن أو الوصي أو الكفيل على بينة من مدى المخاطر التي يضطلع بمسؤوليتها أمام الطرف الآخر[2]، بل إنَّ العدالة دائماً في صف الوقاية من إساءة استخدام علاقات الثقة، كالعلاقة بين المحامي وموكله، أو بين الوصي ومن يخضع للوصاية ففي قضية (Moodg V. Cex)[3] قضت المحكمة بـ: «أنَّ المحامي الذي يبيع أو يشتري في تعامل مع عميل ملزم بأن يصارح بكل الحقائق المادية، بحيث يتسنى للعميل أن يكون حكماً قبل إتمام الصفقة»[4]. وفي قضية (Tocte V. Williamson)[5] كان أحد طلبة جامعة أكسفورد قد تعرض لضغط الدائنين، وحاول أن يستعين بمشورة ومساعدة أحد أعمامه، واستشاره في بيع ضيعته، فعرض عليه عمه (المدعى عليه) أن يشتريها بمبلغ (٧٠٠٠) جنيه، ولم يبين له أنَّ الضيعة قد تمَّ تقديرها بمبلغ عشرين ألف جنيه، فقررت المحكمة عدم الاعتداد بعقد البيع وذكر القاضي لورد (Chelmstord) أنَّه: «اقتنع أنَّ المدَّعى عليه قد أصبح موضع ثقة باعتباره سيتولى ترتيب تسوية الديون عن طريق رهن الضيعة، وهذا يمنعه من الشراء بدون المصارحة الكاملة بالتقدير الفعلي لثمن الأملاك ولا يجوز السماح له بأن يستغل هذه الثقة ليحقق الربح لنفسه»[6].

وأما القانون العراقي فقد عالج موضوع التدليس من خلال ما سماه «التغرير مع الغبن» فلم يجعل الغبن بوحده ـ كقاعدة عامة ـ عيباً في الرضا، كما لم يجعل التغرير

---

(١) قضية سنة (١٩٦٣) رقمها

(1963) 2 De G. J. Vs. 28).

(٢) انظر: القضايا الكثيرة الواردة بهذا الخصوص في: ولسون، المصدر السابق ص (١٤٢ - ١٤٣).

(٣) قضية سنة (١٩١٧) رقمها: (1917) 2 Ch. 71).

(٤) من أقوال القاضي لورد (Cozons) في القضية السابقة ص (٨٠).

(٥) قضية سنة (١٨٦٦) رقمها:

((1866) L. R 2 Ch. App. 55).

(٦) حيثيات القضية السابقة ص (٦٦).

عيباً من عيوبه[1]، فنص في مادته (١٢١) على أنَّه: «

١ ـ إذا غرر أحد العاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه.

٢ ـ ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية، والإشراك والوضيعة».

ونص في مادته (١٢٢) على أنَّه: «إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلَّا إذا ثبت للعاقد المغبون أنَّ العاقد الآخر كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد».

كما نص في مادته (١٢٣) على أنَّه: «يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلَّا غبن يسير، أو إصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن، أو هلك، أو حدث فيه عيب، أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال».

ثمَّ نص في مادته (١٢٤) على أنَّ:

١ ـ مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن[2] لم يصحبه تغرير.

٢ ـ على أنَّه إذا كان الغبن فاحشاً، وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة، أو الوقف فإنَّ العقد يكون باطلاً.

٣ ـ لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تمَّ بطريق المزايدة».

وهذه المواد ـ في مجملها ـ قد استقيت من الفقه الإسلامي ولا سيما المذهب

---

(١) د. الحكيم، مصادر الالتزام (١/١٥١ ـ ١٥٦)؛ و د. حسن الذنون، مصادر الالتزام ص (١٠٦ ـ ١٠٧)؛ ومحاضرات في القانون المدني العراقي ص (٥٣ ـ ٥٧)؛ والأساتذة: الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام (١/٨٦)؛ و د. غني حسون طه، مصادر الالتزام (١/٢٠٦ . . .)؛ و د. مالك دوهان الحسن، مصادر الالتزام (١/٣٣٨)؛ وسلمان بيات، القضاء المدني العراقي (١/١١١).

(٢) لفظ «دام الغبن» حشو لا فائدة فيه، إذ العبارة تستقيم بدونه وتكون العبارة: «ما لم يصحبه تغرير». يراجع: د. الحكيم، المصدر السابق ص ١٥٥.

الحنفي، ولذلك نحيل القارىء الكريم في شرحها إلى ما ذكرناه في الفقه الإسلامي، والذي نود أن نزيده هنا هو أنَّ معيار الغبن الفاحش، واليسير موضوعي حيث ينظر إلى المعقود عليه باعتبار القيمة «الواقعية» وذلك لأنَّ القانون العراقي لم يحدد المراد بهما ولذلك نستمده من مبادىء الفقه الإسلامي بمقتضى المادة الأولى منه[1]. وعلى أساس الغبن جرى القضاء العراقي بأنَّ التدليس بوحده لا يكفي للحكم ببطلان العقد أو قابليته للبطلان، كما أنَّ الغبن لا يكفي بوحده إلَّا فيما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٢٤ م ع)[2].

موازنة موجزة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

لقد تبين مما سبق أنَّ الفقه الإسلامي قد عالج مسائل التدليس والتغرير بشكل واسع ودقيق، بل قد وصل إلى إقامة نظرية متكاملة لكل ما هو غش وأثره في العقود إلى مدى بعيد، بل نستطيع أن نقول أنَّه أوسع بكثير مما وصل إليه الفقه اللاتيني، والفقه الإنجليزي، فقد عالج الغش على الصعيد الداخلي والأخلاقي حيث حرم كل ما هو غش كما رتب عليه آثاراً قانونية، ولا يخفى أنَّ الصبغة الدينية نفتقدها في الفقه الوضعي، وبالإضافة إلى ذلك، فإنَّ الفقه الإسلامي حرم الغش ورتب عليه الأثر مع قطع النظر عن المقابل، في حين أنَّ القانون الروماني لم يحرم الغش ولم يرتب عليه الأثر إلَّا مع المواطن الروماني، كما أنَّ مفهوم الكذب يختلف في الفقه الإسلامي عن غيره، فالكذب عنده هو كل ما هو خلاف الحقيقة سواء أثر فعلاً في نفسية العاقد، أم لا، وسواء صاحبته طرق احتيالية أم لا، في حين أنَّ الفقه الإنجليزي جعل الكذب المجرد ـ في غير التأمين ونحوه ـ والمبالغة لتشويق العاقد الآخر من صفات «البائع الناجح» ثمَّ إنَّ الفقه الإسلامي قسم العقود بالنسبة للتدليس إلى قسمين قسم يؤثر فيه أدنى مخالفة للحقيقة والواقع، وهو عقود الأمانة التي بناها على الثقة والأمانة، وفرض فيها على الناس منتهى الصدق والأمانة حتى جعل مجرد الكذب فيها خيانة تجعل العقد قابلاً للفسخ والإبطال، وهي عقود أراد بها الفقه حماية من ليس له خبرة في مجال التعامل بأن يتبع حدودها المرسومة فيدفع عن نفسه الأذى، والخيانة، ويرفع عنها الغبن.

وقسم يؤثر فيه التدليس لكن بشروط ومواصفات اختلف الفقهاء المسلمون في مدى التوسع فيها أو التضييق منها ـ حيث اشترط بعضهم تحقق الغبن بجانب التغرير ـ وهو العقود العادية ـ أي غير عقود الأمانة ـ وقد استطاع الفقه الإسلامي أن يحافظ على التوازن المطلوب بين ما يتطلبه التعامل من استقرار وثبات، وما يتطلبه الرضا الحقيقي من كونه متنوراً محيطاً بما يدور حول ما أقدم عليه.

فالفقه الإسلامي يعتد بالتدليس سواء كان تحقق بطرق الخداع أم بالكذب المجرد، أم بالكتمان، كما يعتد به إذا كان صادراً عن الغير، ولا يختلف عنه الفقه الوضعي إلَّا في بعض أمور تتعلق بالكذب المجرد، والكتمان ـ كما سبق.

---

(١) يراجع المصادر السابقة.

(٢) القضاء العراقي (١١٢/١ . . .)؛ والمصادر السابقة.

المطلب الثاني

الاستغلال

الاستغلال لغة مصدر: استغل، وأصله من غل، وهو يرد في عدة معان، قال ابن منظور: «الغل، والغلة، والغلل، والغليل كله شدة العطش وحرارته، ويقال: أغل إبله أي أساء سقيها، والغل - بكسر الغين - الغش والعداوة والحقد»[١]، فالغل - بالكسر - جاء بمعنى الغش، والحقد، ومنه قوله تعالى: ﴿ونَزَعْنا ما في صُدُورِهِم من غِل إخواناً﴾[٢]. والغل - بالضم - طوق من حديد يجعل في العنق، والجمع أغلال. والغلول - بالضم - الخيانة، أو الخيانة في المغنم قال تعالى: ﴿وما كان لنبي أن يَغُلَّ﴾[٣]. والغلة - بالفتح - الريع والثمرة، وناتج الأرض، وجمعها غلال - بالكسر -[٤].

ولم يشتهر «الاستغلال» بين الفقهاء المسلمين كمصطلح فقهي كما اشتهر بين القانونيين على الرغم من أن من بين معانيه اللغوية المعنى الذي يقصد به الفقه الوضعي، أي أن هذا المعنى ليس بمعزل، ولا خارج عن معانيه اللغوية. لكنهم عالجوا مسائله من خلال مصطلحات فقهية أخرى كالغبن والتغرير، والاضطرار، والغش. وأياً ما كان فلا مشاحة في المصطلحات، وإنما في كيفية العلاج والحلول، ولذلك سوف نذكر أولاً ما يدور حول «الاستغلال» في الفقه الوضعي، ثم نتبع ذلك كيفية معالجة الفقه الإسلامي له في فرعين:

(١) لسان العرب ص (٣٢٨٥)، مادة (غلل).

(٢) سورة الحجر: الآية ٤٧.

(٣) سورة آل عمران: الآية ١٦١.

(٤) يراجع: القاموس المحيط (٢٦/٣)؛ ولسان العرب ص (٣٢٨٦)؛ والمصباح المنير (١٠٥/٢).

الفرع الأول: الاستغلال في الفقه الوضعي

فالاستغلال يراد به في الفقه الوضعي: انتهاز أحد العاقدين فرصة طيش الآخر، أو هواه أو حاجته، أو ضعفه لإبرام تصرف بغبن فادح[1].

ويظهر من هذا التعريف أن للاستغلال عنصرين: مادياً وهو تحقق الغبن، ومعنوياً، وهو الحالة النفسية لدى المغبون التي تتحقق نتيجة الظروف التي تحيط به، فعلى هذا فلا يكفي لتحقق الاستغلال مجرد عدم التعادل بين الأداءات وإن كان فادحاً، بل لا بد وأن يكون هذا الاختلال ناتجاً عن طيش بين، أو هوى جامح.

والاستغلال بهذا المعنى تبناه الفقه والتشريع الحديثان، وهو في الواقع إن هو إلا تطور لنظرية الغبن التقليدية فرضته العوامل الاجتماعية، والاقتصادية والأخلاقية، لذلك سنضع بين أيدينا مراحل هذا التطور بإيجاز.

الغبن في الاصطلاح[2] هو: عدم التوازن بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه الآخر، بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق، ويؤدي إلى خسارة فادحة، مثل أن يبيع ما قيمته ألف بخمسمائة أو بالعكس وذلك لأن المعاملات لا

---

(١) يراجع في تفصيل هذه المسألة: د. السنهوري، الوسيط (١/٤٧٦)؛ والموجز في النظرية العامة للالتزامات ص (١٢٤)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٥٩)؛ ود. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، رسالة دكتوراه بحقوق الإسكندرية سنة ١٩٥٧ ص (٨ وما بعدها)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٨١)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٣٢٢)؛ ود. جميل الشرقاوي، نظرية الالتزام ص (١٤٩)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٣١٦)؛ ود. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام ص (١٧٨)؛ ود. حسين النوري، نظرية العقد ص (١٢٤)؛ ود. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٧١).

ويراجع: مارسيل بلانيول، المرجع السابق ٩٦/١ بند ٢٦٣)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٥٢) بند (١٠١..)؛ ومقال ديمونتيه بعنوان الأساس القانوني للغبن في العقود:

(Dementes, Du Fendement Juridigue de la lesion dons lesion dans les contrats Reu crit 1924).

وموراندیه (Morandiere)، المصدر السابق ص (١٩٤ بند ٣٤).

(٢) الغبن في اللغة هو النقص يقال غبنه أي نقصه وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن، أو غيره، ويقال: غبنه في البيع أي غلبه.

انظر: المصباح المنير (٢/٩٤)؛ والقاموس المحيط (٤/٢٥٥).

تخلو تقريباً عن عدم تعادل عادي، وبعبارة أخرى أن الغبن اليسير مما لا تخلو عنه العقود في الغالب، ولذلك لا يعتد به إلا إذا كان فادحاً[1].

وقد كان القانون الروماني ـ كقاعدة عامة ـ لا يعبأ بالغبن، ولا يرتب عليه الأثر، فالزيادة والنقصان في الثمن مهما بلغا فلا يؤثران في العقد عند الرومان (الجامع ٤، ٤٤، ٢، ٨) وذلك لأن التعادل بين الأداءات ليس شرطاً من شروط العقد، حيث إن تحقق الشكل المطلوب كان يكفي لتحقق العقد، ثم حقق البريطور حماية للقصر، والمحجور عليهم من الغبن الذي يحيق بهم منذ العصر العلمي، وذلك من خلال إنشائه دعوى إعادة الشيء إلى أصله، أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، غير أن ذلك لم يكن حقاً للقاصر بحيث يتمتع به كلما طلب أو طلب وليه، وإنما كان تفضلاً يمنحه البريطور إذا رأى ذلك مناسباً[2]، وبجانب هذه الحماية للقصر فإن القانون الروماني اعتد بالغبن في بيع العقار بالنسبة للبائع فقط حيث إذا كان الثمن أقل من قيمة المبيع كان هناك غبن، أما إذا وقع الغبن على المشترى بأن دفع فيه أكثر مما يستحقه العقار، فلا أثر له، ثم جاء القانون البيزنطي فمد هذه الحماية إلى المشتري أيضاً، ثم إن الغبن الذي يؤثر عندهم هو ما يتجاوز نصف الثمن، ثم جاء عهد الأباطرة المسيحيين ورأوا أن التوازن منعدم بين طبقة الأقوياء، وطبقة الفقراء، فاشترطوا أن يكون الثمن عادلاً، وتمكنوا بصورة أو بأخرى فسخ العقود التي كان من طبيعتها المساعدة على جشع الأقوياء واستبدادهم كالعقود الواقعة على العقار ونحوها من العقود التي بنيت على أساس التعادل ما بين الثمن والمبيع[3]، على أن الغبن بعد هذه الإصلاحات كلها لم يصبح أبداً عيباً يؤثر في جميع العقود بوجه عام كما أنه لم يعتبر عيباً من عيوب الرضا ولكن للقاضي أن ينقض العقد الذي ينطوي على غبن فاحش ما لم يختر المشتري تكملة الثمن[4].

وفي العصور الوسطى ـ عندما انتشر الدين المسيحي وعادت إلى الظهور كتب

---

(١) المصادر السابقة

(٢) مارسيل، المصدر اسابق ص (٩٧ بند ٢٦٥)؛ ود. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (١٩٩)؛ ود. توفيق حسن فرج، المصدر السابق ص (٩٨)؛ وموراندیه، المصدر السابق ص (١٩٥) بند (٣٤٣)؛ ود. محمد مختار القاضي، المصدر السابق ص (٧١).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٢٠٠)؛ والمصادر السابقة.

فلاسفة الإغريق ـ ولا سيما أفلاطون وأرسطو ـ وتأثر بهذا الجو كبار الكتاب ـ بدأت محاربة الغبن في كل الميادين فقد نادى القديس توماس بأن الالتزامات لا تكون صحيحة عادلة إلا حيث يعطي كل فرد بقدر ما يأخذ واشتهر ذلك بمذهب «العدل التبادلي» الذي يقضي تماماً على الغبن في عقود المعاوضات خلال تطبيقاته الثلاثة وهي: ١ ـ تحريم الربا في عقود القرض، ٢ ـ فكرة الثمن العادل، ٣ ـ والأجر العادل[١]، وقد تآزر ـ مع هؤلاء الكنيسيين ـ المدنيون في هذا العصر (وهم المحشون وخلفاؤهم) حيث حاولوا من جانبهم أيضاً توسيع نطاق فكرة الغبن غير أن جهودهم لم تلق روح الانسجام والوئام، لأنهم واجهوا المشكلة في كل عقد على حدة، كما أن الخلاف قد دب بينهم بالنسبة لبعض العقود[٢]، كما أن توسعهم في نطاق هذه الفكرة لتشمل حتى بعض عقود االتبرعات كالصلح والهبة قد أدى إلى رد فعل بين بعض الكتاب. إلّا أن هذه الفكرة لقيت ارتياحاً كبيراً وسنداً قوياً في القرن السابع عشر لدى الفقيه الفرنسي بوتيه (Pothier) حيث ورث كل ما خلفه الرومانيون والكنسيون وغيرهم وتأثر بهم، بل تبنى ذلك حتى كون منه نظرية متكاملة فقد قال في كتابه الالتزامات[٣]: «ينبغي أن تسود العدالة الاتفاقات، وتبعاً لذلك ففي العقود التي فيها مصلحة متبادلة للطرفين... يكفي أن يلحق الغبن أحد العاقدين، وهذا الغبن بذاته كاف لكي يعيب العقد حتى ولو لم يقم الطرف الآخر بأنه حيلة من الحيل ليوقعه في الغلط» وهذه العبارة صريحة في الدلالة على أن الغبن يوحده ودون وجود أي طريقة للتحايل والغش كاف في تعييب العقد، وقد برر هذا الموقف بقوله: «ذلك لأن العدالة في المعاملات إنما هي المساواة فإذا لم تراع هذه المساواة وأعطى أحد المتعاقدين أكثر مما أخذ صار العقد معيباً، إذ أنه بذلك ينحرف عن العدالة التي ينبغي أن تسوده»[٤]، غير أنه ذكر في المصدر السابق نفسه ما يدل على أن الغبن عيب في الرضا بصفة ثانوية عن طريق الغلط حيث يقول: «ومع ذلك فإنه يوجد عيب في رضا المغبون، ذلك أنه لم يرد إعطاء ما

(١) مارسيل، المصدر السابق ص ٩٧ بند (٢٦٥)؛ وجارنيه (Garnier)، فكرة الثمن العادل عند رجال الدين في العصور الوسطى، رسالة باريس سنة ١٩٠٠ المشار إليه في د. توفيق حسن، المرجع السابق ص (١٠١).

(٢) مارسيل، المصدر السابق ص (٩٧ بند ٢٦٥)؛ والمصادر السابقة.

(٣) كتاب الالتزامات (٢٠/٢ بند ٣٣)، ط. باريس سنة ١٨٤٨ المشار إليه في د. توفيق حسن، المصدر السابق ص (١٠٥)؛ وفي جوسران المصدر السابق ص (٥٣) بند (١٠٢)؛ وراجع: مارسيل، المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق نفسه.

أعطى عن طريق العقد إلا وهماً منه أن ما أخذه يساوي تماماً ما أعطاه...»[1]، ويقول أيضاً: «وفي عقود المعاوضات يكون لدى كل متعاقد منهما نية تسلم قيمة ما يعطي، وألا يتنازل عن شيء مما يملكه دون مقابل، فإذا ما لحق به الغبن لا يكون رضاه سليماً، إذ أنه في هذه الحالة يقع في غلط... وعلى أساس هذا العيب في رضاه يكون له طلب الاسترداد فيه»[2].

ومن خلال هذه النصوص وغيرها يثور التساؤل حول مدى اعتبار بوتيه للغبن: هل جعله عيباً مستقلاً بجانب عيوب الرضا المعروفة، أم هي داخلة فيه؟ فظاهر النصوص السابقة أن الغبن يؤثر في الرضا عن طريق الغلط، لكن الواقع أن بوتيه جعل الغبن عيباً مستقلاً حيث اكتفى به مع قطع النظر عن وجود الغلط أم لا، وذلك لأنه جعل الغبن ـ حتى في النصوص السابقة ـ دليلاً على وجود غلط وتوهم، وهذا لا يعني تحقق الغلط بالفعل، ثم إنه جعل الغبن ذا أثر في الرضا في حالة افتراض الضرورة الملحة مع عدم وجود الغلط حينئذ حيث يستبعد بوتيه افتراض التبرع فيما إذا وجد عدم التعادل بتجاوز النصف بين الالتزامات المقابلة في العقد «إذ إنه لا يفترض في الشخص إرادة التنازل عن ماله بسهولة، ويفترض في هذه الحالة (حالة قيام الغبن) وجود ضرورة ملحة، ومع افتراض أن المغبون قد أرغم عن طريق الضرورة الملحة لا يمكن القول أنه باع بأقل من الثمن الحقيقي عن رضا تام»[3]. هذا وقد قيد بوتيه الغبن المؤثر بالغبن الفاحش بالنسبة للبالغين حيث لا تسمع دعواهم إلا إذا كان الغبن قد تجاوز النصف إلا في القسمة حيث اشترط أن لا يتجاوز الربع[4].

وقد لاقت فكرة الغبن عصراً ذهبياً في ظل «العدل التبادلي»، وأفكار بوتيه إلى أن انتشر المذهب الفردي في المجتمع الأوروبي، وأطلقت الحرية التعاقدية وطغى فيه سلطان الإرادة فعادت القوانين لا تعبأ بالغبن، ولا تقيم له وزناً إلا في حالات نادرة، وقد لعبت الحرية التعاقدية دوراً بارزاً في القضاء على الغبن، وارتكب باسمها الكثير مما لا يتفق وقواعد العدالة والأخلاق[5]، فجاءت الثورة الفرنسية وتبنت هذه الأفكار

---

(١) بوتيه، الالتزامات (٢/ بند ٣٣).

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) كتاب البيع لبوتيه (١٤٩/٣)، المشار إليه في د. توفيق حسن، المصدر السابق ص (١٠٨).

(٤) يراجع في تفصيل ذلك الأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج، المصدر السابق ص (١٠٩).

(٥) المصدر السابق؛ وجوسران، المصدر السابق نفسه.

ودعت إليها بقوة، فألغت حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة، وحتى تحريم الغبن في بيع العقار، فجاء القانون الفرنسي في خضم ازدهار هذه المبادىء الفردية فتأثر بها، وتبعه في ذلك القانون المدني المصري القديم فضيقا في حالات الغبن حيث لم يرتبا عليه الأثر إلا في حالات استثنائية، غير أن هذا التضييق في الغبن قد أدى إلى ارتكاب مظالم بشعة ارتكبها الأقوياء ضد الضعفاء، والمحتاجين، فاستغلوا حاجتهم وضعفهم، ثم ظهرت الأفكار الاشتراكية وانتشرت في المجتمعات الحديثة فأدت إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، ومن هنا عادت القوانين مرة أخرى إلى فكرة الأخذ بالغبن وأثره لكنه ليس باعتباره المادي البحث، بل مع إضافة العنصر النفسي والمعنوي إليه، فلم يعد يبحث عن الغبن من جانبه المادي فحسب بل يبحث أيضاً على صعيد الجانب النفسي للمتعاقدين، فيبحث حالة الطرف المغبون، ويفسر قبوله للعقد بهذا الشكل من الغبن الفاحش على أنه كان تحت ظرف غير طبيعي إما وجود ضعف فيه، أو حاجته الملحة واضطراره إلى المعقود عليه، وبهذا وجدت الصلة القوية، أو رابطة السببية بين الجانب النفسي للعاقد وبين الضرر الذي يلحق به ولم يقف البحث عند هذا الحد بل بحث حالة العاقد المستفيد، والسبب في قدرته على الإفادة من الحالة النفسية للمغبون، وهذا ما يقودنا إلى إظهار مظهر الظلم الذي ارتكبه عن طريق التعسف في استعمال الحق، والإساءة في استعمال السلطة عند إبرام اعقد ومن هنا أطلق عليه الاستغلال، بمعنى أن العاقد الغابن قد استغل حاجة الطرف المقابل أو حالته النفسية التي قادته نحو قبول الغبن، والغبن على هذه الصورة منبثق من فكرة العدل، ومتصل اتصالاً مباشراً بالأخلاق التي تهدف إلى إقامة توازن عادل ـ على قدر الإمكان ـ بين الالتزامات المتقابلة، فعلى هذا فالفرق بين فكرة الغبن بمعناها المادي البحت وبين نظرية الاستغلال في التشريعات الحديثة أو بعبارة أخرى: الفرق بين النظرية المادية للغبن، والنظرية النفسية له يتلخص في أمرين:

الأمر الأول: أن الأولى تنظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية، لا نظرة شخصية فالعبرة في نظرها بقيمة الشيء في حد ذاته تبعاً للقوانين الاقتصادية البحتة دون النظر إلى علاقة الشيء بصاحبه حيث قد يكون عزيزاً عليه فقط لارتباطه بإحدى ذكرياته أو نحو ذلك، وأما النظرية الثانية ـ أي النفسية ـ فهي تنظر إلى القيمة الشخصية للشيء، أي قيمته في اعتبار المتعاقد، ويترتب على هذه التفرقة أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى القيمة المادية للشيء فإن الغبن قد لا يتحقق بالنظر إلى القيمة الشخصية، لأنه قد يقدم المتعاقد على شراء شيء بثمن أكبر بكثير من قيمته الحقيقية وهو يعلم ذلك ودون أن يكون ضحية غلط أو تدليس أو إكراه أو ضرورة

ملحة، أو ضعف فيه لكن لحاجة في نفسه يريد أن يقضيها مثل كونه يمثل بالنسبة له ذكرى تأريخية، أو عائلية، أو إشباعاً لهواية ذاتية، ولا يعتبر البيع على ضوء نظرية الاستغلال مختلاً قابلاً للإبطال، وإن كان على ضوء النظرية المادية للغبن قد تحقق فيه الغبن[1].

فعلى ضوء ما سبق يمكن القول بأن الغبن في النظرية المادية التقليدية له يعتبر عيباً في العقد دون حاجته إلى ضم الجانب النفسي أو الشخصي إليه في حين على ضوء النظرية الشخصية لا يعتبر عيباً في الرضا إلا إذا انضم إليه الجانب النفسي وهو وجود طيش، أو عدم تجربة، أو خداع، أو ضرورة على أساس أن المتعاقد المغبون لم يقدم على العقد مع وجود الغبن إلا إذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً أو مضطراً[2].

الأمر الثاني: أن درجة الاختلال في النظرية الأولى درجة محددة لأنه ينظر إليها نظرة مادية، ولذلك نرى تحديده برقم معين في أكثر التشريعات حيث حدد بالخمس في القانون المصري، وبالربع في القانون الفرنسي الحالي بالنسبة إلى القسمة، وأكثر من النصف في القانون الروماني، والنصف في القانون الفرنسي القديم، وسبعة أجزاء من اثني عشر في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار، وأما الغبن في النظرية الشخصية فلم يتخذ لنفسه رقماً محدداً، بل جعل في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً تابعاً لمدى تأثر الشخص بالطيش الذي تعرض له، أو الهوى الجامح، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن يكون الغبن فاحشاً على ضوء النظرية الشخصية ولا يكون فاحشاً على ضوء النظرية المادية وبالعكس.

موازنة بين النظريتين

وإذا وازنا بين هاتين النظريتين في الغبن نجد أنه على ضوء النظرية المادية يعتبر عيباً في العقد فقط في حين على ضوء النظرية الشخصية يكون عيباً في الرضا، أو مظهراً من مظاهر عيوب الرضا الثلاثة، وذلك لأن العنصر النفسي لما كان إحدى دعائم النظرية الشخصية للغبن التي تطورت إلى نظرية الاستغلال كان من الضروري النظر إليها من جهتين، من جهة المستغل ـ بكسر الغين ـ والمستغل ـ بالفتح ـ فبالنظر إلى

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٧٨)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٦٠)؛ وربير، القاعدة الخلقية بند (٦٩).

(٢) السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص (١٣٧)؛ والمصادر السابقة.

الأول ينظر إليه باعتبار أن إرادته غير مشروعة، وبالتالي يكون العقد الذي أقدم عليه في ظلها غير مشروع، وهذا ما أخذ به القانون الألماني حيث نص في مادته (١٣٨) على «أن التصرف الذي ينجم عنه غبن هو التصرف المجافي للأخلاق الحميدة» ولهذا فإن المحكمة الألمانية تقضي بالبطلان أي بإلغاء العقد الذي تحقق فيه الغبن من أساسه[١]، وبالنظر إلى الثاني - أي المستغل المغبون - ينظر إليه باعتبار أن رضاه معيب لأنه قد استغل طيشه، أو هواه، أو حاجته الملحة وهذا ما أخذت به التقنينات الحديثة - ومنها التقنين المصري الحالي - وجعلت العقد الذي تم في ظل الاستغلال قابلاً للإبطال، أو للإنقاص لوجود عيب في إرادته[٢].

ومن جهة ثانية أن نظرية الغبن باعتبار نظرته المادية لا تتحقق في عقود التبرع وذلك لعدم وجود اداءات متقابلة، لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ، والثاني بالعكس في حين أن الاستغلال وارد فيها عند الجمهور[٣]، بل هو أشد وطأة من عقود المعاوضات، وقد ثار نقاش حول شمول المادة (١٢٩) من القانون المصري لعقود التبرعات حيث ذهب بعض الفقه إلى شمولها لها بناء على أن: «الفقرة الثالثة من المادة (١٢٩) من القانون الجديد[٤]، وهي تجيز في عقود المعاوضة توقي دعوى الإبطال بتكملة البدل تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أي في التبرع»[٥]. ويؤيد هذا التفسير ما ورد في المشروع التمهيدي في مادته (١/١٣٣) التي تقابل المادة (١٢٩) من التقنين الحالي أنه «يسري هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً» ثم حذفت العبارة في لجنة القانون المدني «لأنها من قبيل التزيد» لا

(١) جوسران، المصدر السابق ص (٥٦) بند (١٠٩).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٤٩٤/١).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٤٨٨/١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٦٤)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٣٢٥/١)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٨٢)؛ ود. عبد المنعم الصده، المرجع السابق بند (١٨٩) وغيرهم.

(٤) الفقرة الثالثة هي: «٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يره القاضي كافياً لرفع الغبن» وجه الاستدلال بها يتأتى من لفظ «عقود المعاوضة» حيث يدل بمفهومه أن عقود التبرع إذا حصل فيها الاستغلال لا يمكن توقي دعوى الإبطال.

(٥) د. السنهوري، الوسيط (٤٨٨/١)، ود. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق بند (١٨٩)؛ ود. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق بند (١٩٢)؛ ود. عبد الحي حجازي، المرجع السابق (٣٢٥/١).

لعدم الموافقة على ما تتضمنه[1]. ولم يرتض بهذا التفسير للمادة (١٢٩) بعض آخر فقال متسائلاً ومتعجباً: «كيف يمكن أن يطبق على التبرعات نص يتحدد تطبيقه وفقاً لعبارته بالاختلال في التعادل بين ما يأخذه العاقد وفقاً للعقد، وما يعطيه بمقتضاه»[2]. كما أنه لا يمكن في نظره أن يغلب ما يفهم من الأعمال التحضيرية، أو ما تدل عليه المادة (٣/١٢٩) بطريقة ضمنية على عبارة المادة (١/١٢٩) التي تستلزم صراحة لقيام الاستغلال شرطاً لا يمكن أن يتوافر إلا في عقود المعاوضة وهو اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة، ولا مناص إذن من قصره عليها[3].

والحق أن المادة (١٢٩) بفقراتها الثلاث تدور حول أحكام عقود المعاوضة باعتبار أنها هي الأكثر وقوعاً، والأولى بالحماية، ومع ذلك فلا مانع من شمول أحكامها لعقود التبرعات إما اعتماداً على مفهوم الفقرة الثالثة منها، أو قياسها عليها، لأنه لا دلالة في هذه المادة ـ في نظرنا ـ على أنها لا تتعدى أحكامها إلى التبرعات، بل ليس من المستبعد أن يقال: إن إعادة لفظ «عقود المعاوضة» في الفقرة الثالثة مع كونه معلوماً من الفقرة الأولى إشارة إلى أن حكم الاستغلال يمتد ظلاله إلى عقود التبرعات لكنها لا يتوقى فيها الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن. ولذلك كان من الأولى أن تصاغ المادة (١/١٢٩) صياغة أخرى بحيث لا يكون في عبارتها ما يجعلها ـ ولو في الظاهر ـ مقصورة على عقود المعاوضات، أو أن تضاف إليها فقرة أو مادة تعالج الاستغلال في عقود التبرعات[4]، غير أن الذي يؤخذ على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢٠١/٢). ومثال وقوع الاستغلال في عقود التبرعات هو أن يتبرع شخص بجميع ماله عن طريق هبة لكن في صورة بيع لزوجته الثانية وأولاده منها مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية ضعفه أو هواه، وهنا لا يقال: إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً، بل يقال: إنه غير موجود أصلاً، فالمتبرع أعطى دون مقابل وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين، أو لهواه الجامح.

د. السنهوري، الوسيط (٤٨٨/١).

(٢) د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٦٤ ـ ١٦٥).

(٣) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق بند (٩٧)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٦٤ ـ ١٦٥)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٣٢٦/١).

(٤) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص (٣٢٦/١).

بعض الفقه[1] أنه جعل الغبن عنصراً من عنصري الاستغلال وشرطاً أساسياً لتحققه[2]، ومع ذلك يقول: إن الاستغلال يشمل عقود التبرعات. فهذا في نظري يتجافى عن الدقة، فلا مانع في نظري من شمول الاستغلال لعقود التبرعات بل هذا وارد فيها بكثرة، لكن الإشكال فني وهو أننا إذا قلنا: إن الغبن شرط من شروط الاستغلال لا يمكن أن يشمل الاستغلال عقود التبرعات، لأن الغبن كما سبق عدم التعادل بين الأداءات، ولا تعادل إطلاقاً في عقود التبرعات حتى اعترف هذا الفقه بأنه «لا يمكن القول في عقود التبرع أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل»[3]، ومن هنا أننا ما دمنا مصرين على شمول الاستغلال للتبرعات فلا بد أن نوسع دائرة العنصر الأول فلا نحصره على الغبن بل نشترط الغبن الفادح في المعاوضات، وعدم وجود معادلة في التبرعات.

ومن جهة ثالثة أن لكل واحدة من النظريتين إيجابيات وسلبيات أما إيجابيات النظرية المادية فهي أنها أكثر ملاءمة لاستقرار التعامل وحيث لا نبحث على ضوئها عن الحالة النفسية للمغبون ولا عن نية الغابن وكيفية وصوله إلى إيقاع الآخر في الغبن، كما أنها أسهل في الوصول إليها، وأيسر للاهتداء إلى وجود الغبن، حيث ليس على القاضي إلا أن يراجع العقد ويوازن بين الثمن والمثمن ليرى مقدار الغبن الواقع فيه، فإذا وصل إلى القدر المحدد وهو النصف، أو الخمس، أو أي تحديد آخر فيحكم فيه بتحقق الغبن[4].

وأما سلبياتها فتكمن في عدم مرونتها فهي محددة موضوعية لا ينظر فيها إلى ظروف الشخص، ولا تصلح أن تكون حلاً عادلاً لكثير من المسائل الاجتماعية التي يتغلب فيها العنصر النفسي، فقد لا يتحقق الظلم في العقد مع أنه يمكن على ضوء النظرية المادية للغبن إبطاله مثل أن يكون المغبون مادياً قد أقدم على العقد برضاه التام ومع علمه بالغبن ودون أي استغلال ولكن لغرض نفسي، ففي هذه الحالة لم يقع ظلم ومع ذلك يمكن إبطاله بدعوى الغبن بمعناه المادي، فهذا التقدير المنوط بالنسبة المحددة قاعدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل دون النظر إلى الفروق

---

(١) الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/٤٨٧).

(٢) المصدر السابق (١/٤٨٤).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٨٧).

(٤) المصدر السابق نفسه.

الشخصية والنفسية، والظروف الاجتماعية[1].

وأما إيجابيات النظرية الشخصية للغبن فتكمن في كونها مرنة تراعي فيها ظروف الشخص المغبون من ضعف، وضرورة، وعدم خبرة، فهي تختلف باختلاف الحالات، وينظر القاضي إلى كل حالة وحدها مراعياً الملابسات والظروف التي تحيط بالعاقدين، وأما سلبياتها فتكمن في أنها قد تؤدي إلى قلقلة التعامل وعدم استقراره من خلال البحث عن الحالة النفسية التي يصعب الوصول إليها[2].

وقد اعتنق كثير من التشريعات الحديثة النظرية النفسية وجعلت من الغبن نظرية عامة ذات طابع شخصي يمتد ظلالها إلى جميع العقود فقضى القانون المدني الألماني في مادتيه: (٢١، ١٣٨) بأثر الغبن بمعناه الشخصي على العقود حيث يجعلها باطلاً، كما وضع القانون المدني الصيني الحديث في مادته (٧٤) الأسس العامة للغبن، وكذلك فعل القانون المدني السوفيتي حيث جعل الاستغلال في مادته (١٥٠) سبباً للبطلان[3]، كما تقضي المادة (٢١) من القانون السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل واضحاً ما بين تعهد أحد العاقدين، وتعهد المتعاقد الآخر يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه إذا كان دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها، أو خفة، أو عدم تجربة[4]، وأما القانون المصري الحالي فقد أخذ هو الآخر بالنظرية النفسية في الاستغلال فنص في المادة (١٢٩) على ما يأتي:

«١ ـ إذا كانت التزامات أحد العاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً، وهوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد».

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٨٠)؛ والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) يراجع: جوسران، المصدر السابق ص (٥٦) بند (١٠٩).

(٤) وكذلك فعل المشروع الفرنسي الإيطالي في مادته (٢٢)، والتقنين الإيطالي الجديد في مادته (١٤٤٨)، والتقنين البولوني في مادته (٤٢)، والتقنين النمساوي في مادته (٨٧٩).

«٢ ـ ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تأريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة».

«٣ ـ ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

ونص في المادة (١٣٠) على أنه: «يراعي في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود، أو بسعر الفائدة». وهذه المادة تشير إلى حالات متناثرة في التقنين المدني يحرم فيها الغبن أهمها: عقد البيع الواقع على عقار ناقص الأهلية، أو عديمها حيث نصت المادة (١/٤٢٥) على أنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. . .» وبينت الفقرة الثانية منها أن تقدير الغبن يكون بحسب قيمة العقار وقت البيع، كما نصت المادة (١/٤٢٦) على أن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن تسقط إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار. وكذلك الأمر في القسمة حيث نصت المادة (٨٤٥) على أنه يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمسين. . .». وكذلك الوكالة المادة (٧٠٩ ـ ٢) والشركة (المادة ٥١٥ ـ ١) والفائدة الاتفاقية المادة (٢١٧) ونحوها، فالغبن في هذه العقود قام على أساس النظرية المادية فلم يعتبر عيباً في الرضا بل في العقد حيث اعتد فيها بالقيمة المادية، لا بالقيمة الشخصية[1].

فعلى ضوء ما سبق أن الغبن إنما يكون له أثر في الرضا باعتبار النظرة الشخصية إليه ـ وهو ما يسمى بالاستغلال ـ لذلك سنلقي عليه الضوء في الفقه الوضعي، ثم في الفقه الإسلامي بإيجاز.

لقد سبق أن ذكرنا أن الاستغلال له عنصران: مادي، ومعنوي. فالعنصر المادي هو ذلك الاختلال وعدم التعادل بين الاداءات وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (١٢٩ م م) ولا يكفي في تحقق الاستغلال مجرد عدم التعادل، لأنه قلما يوجد عقد يتحقق فيه التعادل الكامل، بل لا بد وأن يكون الاختلال فادحاً يتجاوز حد

(١) د. السنهوري، الوسيط (٤٨٣/١ ـ ٤٨٤)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٦٨)؛ والمصادر السابقة.

المألوف في المعاوضات، فمعيار الفداحة مادي[1]، لكنه ليس رقماً ثابتاً، بل يتأثر بالظروف والملابسات، ويعود تقديرها إلى قاضي الموضوع مراعياً فيها ظروف كل من المشتري والبائع[2]، إذن يقدر القاضي في كل حالة فداحة الاختلال المادي، وهو لا ينظر في هذا التقدير إلى القيمة المادية للشيء، بل إلى القيمة الشخصية لدى العاقد وهذا بخلاف الغبن في معناه المادي الذي ينظر إليه بتقدير مادي بحت، وأما الغبن في الاستغلال فهو ينظر إليه باعتبار قيمة الشيء لدى الشخص، وكثيراً ما تختلف قيمة الشيء في السوق عن قيمته لدى الشخص، فالمالك الذي يجد قطعة أرض صغيرة ملاصقة لمنزله يشتريها بأضعاف ما تساويه ليوسع بها بيته، أو حديقته فقد تحقق فيها الغبن بمعياره المادي، لكن لم يتحقق فيه الغبن بمعياره الشخصي[3]، وبالتالي لا يتحقق فيه الاستغلال إلا إذا كان ما دفعه يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية[4].

وتظهر الفداحة بشكل أكثر وأوضح في عقود المعاوضات المحددة، حيث يعرف العاقد على وجه الدقة وقت العقد قدر ما أعطى، وقدر ما أخذ، لكن هذا لا يعني عدم وقوع الاستغلال في العقود الاحتمالية[5] التي تنطوي بطبيعتها على احتمال الكسب والخسارة، وذلك لأنه لا بد وأنه يتحقق فيها أيضاً قدر معقول من التعادل بالنسبة لكل عاقد بين احتمال الكسب وقيمته من ناحية، واحتمال الخسارة وقيمتها من ناحية أخرى، فإذا ترجح بشكل واضح احتمال الخسارة من جانب أحد المتعاقدين على

(١) د. السنهوري، الوسيط (٤٨٦/١).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في ١٩٦١/٢/٢٨ المذكور في المجموعة الرسمية ٦٠ رقم (٦) ص (٤٢) بأن مناط تطبيق المادة (١٢٩ م) أن تكون التزامات أحد العاقدين غير متعادلة البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يختل هذا التعادل اختلالاً فادحاً، وتقدير هذه الفداحة تقديراً مادياً يرجع فيه إلى ظروف كل من المتعاقدين وإلى الملابسات التي أحاطت بهذا المتعاقد الذي لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً». ونقض مدني آخر بهذا المعنى في ١٩٦٧/٥/١١ سنة (١٨) ص (٩٧٤).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٤٨٦/١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق (١٦٣)؛ ود. حسين النوري، نظرية العقد ص (١٣٠)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٨٢).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن العقود الاحتمالية ـ كعقد التأمين ـ يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية (١٩١/٢).

احتمال المكسب، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب كان الاختلال في التعادل فادحاً[1].

وأما العنصر النفسي ـ أو الشخصي، فهو الحالة النفسية التي يكون عليها المغبون أثناء التعاقد من كونه واقعاً تحت تأثير طيشه، أو حاجته الملحة، أو نحو ذلك، أي اندفاع المغبون إلى قبول التصرف تحت تأثير ذلك، وبعبارة أخرى هي الظروف التي حالت دون تنوره وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٩/١): «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً. . .».

والمراد بالطيش، هو الخفة والتسرع، وعدم المبالاة بنتائج الأمور[2]، ومن شروطه أن يكون بيناً ظاهراً ومشهوراً، لكنه ليس من الضروري أن تلازم هذه الصفة الشخص وتستمر، بل هي صفة عرضية، لأنها لو كانت حالة مستمرة لتكون أشبه بالسفه، والمثال التقليدي للطيش هو الشاب الوارث الراغب في الحصول على نقود بأي وسيلة كانت لإشباع شهواته، وإظهار مظاهر االبذخ والترف، فيأخذ في بيع أمواله بثمن بخس، أو في الاقتراض بشروط باهظة[3].

والهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التي تستحوذ على الإنسان فيجد نفسه مدفوعة إلى الرضوخ لكل ما تفرضه[4]، وقد مثل الفقه لذلك بالطاعن في السن الذي يتزوج بفتاة ويتعلق بها تعلقاً يسلبه القدرة على رفض أي طلب لها خوفاً من هجرها، فتستغله لإبرام العقود معه، فمثل هذا العجوز لا يتمتع بحرية كاملة للاختيار فهو يخشى إغضاب زوجته، وينفذ كل ما تطلب، وقد ترك القانون تحديد كون الطيش بيناً، والهوى جامحاً إلى تقدير القاضي[5].

---

(١) السنهوري، الوسيط (٤٨٧/١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٦٢ ـ ١٦٥)؛ ود. توفيق حسن، رسالته السابق الإشارة إليها ص (٢٦٠).

(٢) انظر: المصباح المنير (٣٠/٢)؛ والقاموس المحيط ولسان العرب؛ مادة «طيش».

(٣) د. جميل الشرقاوي، نظرية الالتزام ص (١٥٧)؛ ود. السنهوري، الوسيط (٤٨٩/١)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٣٢٣/١)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٨٣).

(٤) المصادر السابقة أنفسها. والهوى في اللغة مصدر هويته إذا أحببته وعلقت به، ثم أطلق على ميل النفس، وانحرافها نحو الشيء، ثم استعمل في ميل مذموم. (المصباح المنير (٣١٨/٢)؛ والقاموس المحيط؛ ولسان العرب مادة؛ «هوى»).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (٤٨٦/١).

جزاء الاستغلال:

وإذا تحقق الاستغلال بتحقق عنصريه، وطلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد جاز للقاضي أن يسمع دعواه إذا كانت قد قدمت خلال سنة[١]، من تأريخ العقد كما نصت على ذلك المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري. وقد برر بعض الفقه[٢] موقف القانون في تحديده بسنة ـ مع كونه يخالف تقدير المدة في عيوب الرضا الأخرى[٣] ـ بأنه رغبة من المشرع في سرعة حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة كما أنه حماية لاستقرار التعامل. وهذا الموقف لا ينكر له هذه الإيجابية لكنه لا يعطي حماية كافية للطرف المتضرر، إذ كثيراً ما تظل حالة الطيش، والهوى الجامح قائمة أكثر من سنة، وحينئذ حرم المستغل من الحماية، فلو كان تأريخ احتساب السنة يبدأ من زوال السبب المؤدي إلى الهوى، أو الطيش، أو من زوالهما لكانت الحماية كافية[٤].

وإذا كان للطرف المغبون المستغل الحق في طلب الإبطال أو الإنقاص فإن القاضي ليس ملزماً في حالة طلب الإبطال أن يستجيب له، بل له الحق في أن يقضي بإنقاص التزاماته إلى الحد المعقول، لكنه إذا طلب الإنقاص، فليس للقاضي أن يقضي بالإبطال، وإلا لقضى بأكثر مما يطلبه الخصم[٥]. وقد أعطى القانون المتعاقد

---

(١) هذه المدة ليست مدة التقادم، بل هي مدة السقوط. وهي تختلف عن ميعاد التقادم في أنه لا يقبل الوقف، ولا الانقطاع.

يراجع: د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، (١/٣٢٧ ـ ٣٢٨)؛ والمصادر السابقة.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٦).

(٣) تتقادم دعوى البطلان في الغلط، والتدليس والإكراه في مدة أقصاها ثلاث سنوات من تأريخ العلم بالغلط، أو التدليس، أو الإكراه، أو خمس عشرة سنة من تأريخ إبرام التصرف، أي المدتين كانت أقل. انظر: د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٨٥).

(٤) أستاذنا الدكتور محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٨٥).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٦)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٨٤)؛ والمصادر السابقة.

وذهب البعض: (الأستاذ جميل الشرقاوي في رسالته، البطلان ص ٨٨ بند ٣) إلى أن الحكم بإنقاص الالتزامات الناشئة بالإرادة هو في الواقع أكثر من الحكم بالبطلان، لأن الإنقاص يفترض إبطال العقد، ثم إعادة فرض الالتزامات المعدلة على أطرافه بحكم القانون.. ومقتضى هذا النظر: أن طلب الإنقاص لا يمنع القاضي من الحكم بالبطلان.

وراجع: د. جميل الشرقاوي، نظرية الالتزام (١/١٥٩).

المستفيد من الاستغلال الحق في أن يتوقى دعوى الإبطال، أو الحكم بإنقاص الالتزامات إذا هو عرض زيادة في التزاماته يراها القاضي كافية لدفع الغبن، والتقدير في ذلك يرجع إلى تقدير القاضي، وليس له أن يقضي بهذه الزيادة دون طلبه[1].

هذه هي نظرية الاستغلال كما صورها القانون والفقه المصريان وهي كما نرى نظرية عامة تعالج قضايا الغبن الذي وقع تحت هوى جامح، أو طيش بين، ولم تكن هذه النظرية موجودة في القانون المصري القديم كأصله القانون الفرنسي، وهي كما نرى نظرية لم يرد المشرع أن يتسع مداها كما كان المشروع التمهيدي يريده حيث كانت المادة (١٧٩) من المشروع تنص على أنه: «١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد. . . بحيث يكون مفروضاً، تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. . .» لكن الأمر قد استقر بعد المناقشات أن يبقى من هذه الحالات، الهوى، والطيش، وأن يقيد الهوى بالجموح والطيش بالبين[2]، وهذه النظرية كما نرى ليست علاجاً لكل حالات الغبن بل هي علاج لحالة مخصوصة وهي اجتماع الغبن في صورته المادية - باعتبار قيمته الشخصية - مع إضافة العنصر النفسي إليه ولذلك صرحت المادة (١٣٠ م م) بأنه «يراعي في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود، أو بسعر الفائدة» وهذه العقود هي بيع عقار ناقص الأهلية أو عديمها[3] وعقود القسمة[4]، والوكالة[5] والشركة[6] والفائدة الاتفاقية[7] فهذه العقود بقي فيها الغبن بصورته المادية، وتقديره المادي البحت، كما أن مدة التقادم في بعضها[8] تختلف عن مدة السقوط في الاستغلال، فعلى هذا لم يسر

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) انظر في تفصيل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/١٨٩ - ٢٠٣).

(٣) المادة (٤٢٥ م م) وقد قدرت الغبن بما إذا كان يزيد على الخمس.

(٤) المادة (٨٤٥ م م) وقدرت الغبن بما يزيد على النصف.

(٥) المادة (٧٠٩ م م).

(٦) المادة (٥١٥ م م).

(٧) المادة (٢١٦ م م).

(٨) وهو بيع عقار ناقص الأهلية حيث إن مدة التقادم فيه قدرت بثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار (المادة ٤٢٦/١).

المشرع المصري على منهج واحد في النظرة إلى الغبن ومدة تقادمه، أو سقوطه، حيث أخذ في المادة (١٢٩ م م) بالنظرية النفسية للغبن، ثم عاد في المادة (١٣٠) ليستثنى عقوداً لتطبق عليها قواعد الغبن من حيث النظرة المادية، وقد يبرر هذا الموقف من المشرع بأنه وضع الاتجاه ذا الطابع المزدوج في حسبانه، وهو رعاية التطورات، والتجديدات التي حدثت، وأخذت بها التشريعات الحديثة مع المحافظة على التراث الهائل الذي تركه الفقه والقضاء في ظل التقنين القديم الذي كان يعتني بالغبن في صورته المادية في بعض تصرفات محدودة[١]وهو ليس بدعا في الأخذ بهذه الإزدواجية فقد أخذ بها كثير من التشريعات الحديثة، فمثلاً أخذ بها القانون الإيطالي الصادر في (١٩٤٢) حيث أبقى على الغبن بوصفه المادي المحدد في عقد القسمة في مادته (٥/٤٤٨)[٢] والقانون المدني الألماني بخصوص الشرط الجزائي في المادة (٣٤٣) وبخصوص أجر السمسار في المادة (٦٥٥) وكذلك قانون الالتزامات السويسري بخصوص القسمة في المادة (٦٣٨) وبخصوص الشرط الجزائي في المادة (١٦٣) وبخصوص السمسرة في المادة (٤١٧) وبخصوص عقد الصيانة لمدى الحياة في المادة (٥٢٦)[٣].

وأما القانون الفرنسي فلم يأخذ بنظرية الاستغلال، وإنما أخذ بالغبن في بعض حالات رأى أنها تفتقر إلى الحماية[٤]، فالمادة (١١١٨) من القانون المدني الفرنسي تنص على «أن الغبن لا يبطل الاتفاقات إلا في حالة عقود معينة، أو إزاء أشخاص معينين» وهذه المادة تتلاءم مع الظروف التي ولد فيها القانون المدني الفرنسي حيث كان المذهب الفردي يسودها، وكانت الحرية التعاقدية ـ كما سبق ـ هي الأساس في التعاقد، ولم يكن للمحكمة الحق في التدخل فيه أكثر من الملائمة بين المصالح، وفي حالات خاصة[٥]، إذن فكانت النظرة إلى تأثير الغبن استثنائية خاصة ببعض

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المصري (١٩٢/٢).

(٢) ويراجع تقرير وزارة العدل الإيطالية المرفق مع هذا القانون تحت الرقم (٦٧٧).

(٣)مارسيل، المصدر السابق ص (٩٨ بند ٢٦٩)؛ ود. توفيق حسن، المصدر السابق ص (٢٧ ـ ٢٨).

(٤) يراجع في تفصيل ذلك، جوسران المرجع السابق ص (٥٢) بند (١٠١ وما بعده)؛ وموراندیه المصدر السابق ص (١٩٤) بند (٣٤١ وما بعده)؛ وديمونتيه، المصدر السابق ص (٣٧)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٩٩ بند ٢٧٢).

(٥) نقض مدني في ٢٠ نوفمبر ١٩٠٦ المذكور في دالوز القضاء (٨٠/١).

الأشخاص، وبعض العقود، فالأشخاص الذين يؤثر الغبن في عقودهم هم القصر حيث تطبق بخصوصهم المادة (١٣٠٥) من القانون القديم، المعدلة بالقانون الصادر في ١٤/٩/١٩٦٤، فتكون عقودهم باطلة إذا وقع فيها الغبن إذا كانوا غير مأذون لهم أما إذا كانوا مأذوناً لهم فتكون عقودهم التي وقع فيها الغبن قابلة للإبطال[١]. أما إذا لحق الغبن بالبالغ العاقل فإن الموقف يختلف حيث لا يقدح في اتفاقاته إلا استثناء في بعض العقود وبشروط خاصة، وتلك العقود هي:

١ ـ القسمة، حيث نصت المادة (٢/٨٨٧ م ف) على أنه في حالة غبن أحد المستحقين في إرث بدرجة تزيد على الربع فله أن يطلب فسخ القسمة، وأخذ نصيبه الكامل.

٢ ـ بيع العقارات إذا كان بثمن يقل عن $\frac{٧}{١٢}$ من قيمته الفعلية فإن المادة (١٦٧٤ م ف) تعطي المغبون الحق في إبطاله. ولم يقبل مؤدى هذه المادة بسهولة داخل اللجان التحضيرية، والمراجعة، بل حام حولها جدل عنيف إلى أن قررت[٢] بشروط صعبة، منها كون الدعوى فيه في ظرف سنتين، واشتراط إثبات خاص فيه من الصعوبة ما يثبط همة البائعين ويقصيهم عن مباشرة الدعوى[٣]. وعلى الرغم من جمود القانون الفرنسي بهذا الخصوص إلا أن الفقه والقضاء استطاعا اعتباراً من القرن العشرين أن يوسعا نوعاً ما دائرة الغبن، وأثره، والسماح له بإلغاء العقد الذي تم في ظله، أو تعديله، بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية عما كانت عليه أثناء تقنين القانون الفرنسي (١٨٠٤ م) وعجز هذا القانون عن معالجة ومواجهة الضروريات العملية

---

(١) يراجع التفصيل في: جوسران، المصدر السابق ص (٥٤) بند (١٠٤)؛ وموران، المصدر السابق ص (١٩٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي (١٤/٨٩ ـ ٩١). وهناك اتفاقات أخرى يؤثر فيها الغبن كالعقود التي تبرم بخصوص تقديم المساعدة، أو الغوث للسفن البحرية إذا كانت شروط الاتفاق مجحفة لأحد الطرفين قانون ٢٩ إبريل ١٩١٦ مادة (٧) حيث للطرف المتضرر الحق في إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول، وكذلك الأمر في تقدير أتعاب المحاماة، أو رسوم الوكالة، أو أتعاب المفوضين إذا كان فيها مغالاة، فللطرف المغبون الحق في المطالبة بإنقاصها إلى حد معقول.

يراجع: جوسران، المصدر السابق بند (١٠٥، ١٠٧)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (١٠٠ بند ٢٧٥).

(٣) المصادر السابقة.

والمظالم البشعة التي ارتكبها الأقوياء ضد الضعفاء باسم الحرية التعاقدية فكانت المحاكم الفرنسية تلجأ في بداية الأمر إلى بعض القواعد العامة وعيوب الرضا لمعالجة الغبن كاللجوء إلى الإكراه أو الغلط أو التدليس(١)، لكن في الآونة الأخيرة قد لا تعتمد على هذه التبريرات، ففي قضية في ١٩٣٢(٢) تشير إلى عدم كفاية السعر دون الإشارة إلى أساس آخر وقررت المحكمة في قضية تتعلق بوعد بيع عقار أنه لتقرير الغبن فلا يعول على تأريخ الوعد كأساس لبطلان الرضا بمعرفة البائع، ولكن يعول على تأريخ البيع، وقبول نقل الملكية وصدر قانون ١٩٤٩/١١/٢٨ فعزز صراحة هذا الحل بموجب المادة (١٦٧٥) من القانون المدني، كما استطاع الفقه والقضاء أن يخترعا نظرية الاستهواء لكن حصراها في عقود التبرع ورتبا عليها الجزاء بقابلية العقد للإبطال(٣)، وقد أدت هذه المواقف من الفقه والقضاء في فرنسا إلى صدور عدة قوانين تأخذ بالغبن، فصدر قانون ١٩٠٧/٨/٨، المعدل في ١٩٣٧/٣/١٠ حيث أجاز لمشتري السماد الذي يتجاوز الغبن فيه بمقدار الربع أن يطلب إنقاص الثمن فضلاً عن استحقاقه فوائد التأخير، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون ١٩٣٥/٦/٢٩ وقانون ١٩٣٧/٧/١٧ حيث أعطى مشتري اسم شهرة المحل أن يطلب تخفيض ثمن الشراء في

---

(١) جوسران، المصدر السابق ص (٥٥ بند ١٠٦)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٢٧٥).

(٢) قضية مدنية:

(Req. 28 Dec. 1932 S 1933).

مشار إليها في موراندیه، المصدر السابق بند (٣٤٥).

وراجع عدة قضايا تدور حول هذا الهدف منها قضية مدنية في ١٩٥٩/١٢/١٤ مشار إليها في دانلوز ١٩٦٠ - ٢٤٤.

(٣) نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستغواء (Seduction) يرى الأستاذ السنهوري في الوسيط (٤٩١/١) أنه لا فرق بين نظرية الاستهواء في عقود التبرع وبين نظرية الاستغلال في عقود المعاوضة، بحجة أن الجزاء في الحالتين واحد وهو قابلية العقد للإبطال، ولذلك فالأولى في نظره إدماج نظرية الاستهواء في نظرية الاستغلال، واعتبارهما نظرية واحدة. وكان القضاء المصري يلجأ في ظل القانون القديم إلى نظرية الاستهواء عندما كانت نظرية الاستغلال تعوزه (نقض مدني في ١٩٤٣/٤/٢٩ المذكور في مجموعة عمر ص (١٥٢).

ويرى الدكتور وديع فرج - في مذكرات له غير مطبوعة ص (١٣٨) مشار إليها في الوسيط، دار النهضة ١٩٨١ هامش (١) من ص ٤٩٠ - ٤٩٢ جـ ١) - التفريق بين نظرية الاستغلال، ونظرية الاستهواء فالجزاء في الاستغلال هو البطلان النسبي، أما الجزاء في الاستهواء هو البطلان المطلق.

حالة تجاوز قيمة الضرر ٣٣٪، وهناك قوانين صدرت منذ سنة ١٩١٤ تحدد الحد الأقصى للإيجارات، وتجيز للمستأجرين في حالة تجاوز الحد الأقصى للإيجار أن يطالب بتخفيض مقابل الإيجار إلى الحدود القانونية، كما نصت المادة (٣٧) من قانون ١٩٥٧/٣/١١ على جواز عقود الأعمال الأدبية، والفنية إذا تجاوز الغبن $\frac{٧}{١٢}$ من المنفعة المستهدفة بالعقد، وأخيراً فإن لجنة إصلاح القانون المدني قد اقترحت بالمادة (١٨) من مشروع قانونها: أن حالة الضرورة، أو استغلال عدم خبرة المتعاقد، أو حداثة سنه، أو سنها إذا أدت إلى غبن المتعاقد تجيز طلب الفسخ[١]، ومع كل ذلك لم يقرر القانون الفرنسي نظرية الاستغلال، كما أنه لم ينظر إلى الغبن إلا من زاويته المادية دون النظر إلى الجانب النفسي منه، كما أنه يلاحظ عليه ـ كما يقول جوسران ـ: «إن هذه النصوص غير كافية، كما أنها لا تبين الحكمة في أنه لماذا يكون أثر الغبن حاسماً في بعض الاتفاقات، ولا يكون له تأثير في البعض الآخر، كما يلاحظ أن هذه النصوص متفرقة، وغير مسببة فهي لا تعطي فكرة عامة، ولا تنظيماً شاملاً للغبن، كما أن تقدير الغبن ليس على نسق واحد ففي بعض العقود قدر الغبن بما زاد على الربع، وفي بعض آخر بما زاد على $\frac{٧}{١٢}$، كما أن الجزاء يختلف من عقد لآخر، ففي بعض العقود يكون الجزاء إعادة النظر، وفي بعضها البطلان»[٢]. وقد أرجع مارسيل هذا الموقف من القانون الفرنسي ـ من اكتنافه الغموض وعدم وضوح الرؤية الكاملة في مفهوم الغبن ـ إلى أن القول بأثر الغبن ـ بمعناه المادي والنفسي ـ أمر أخلاقي، وأن تحويل قاعدة أخلاقية إلى قاعدة قانونية صعب في نظره[٣].

وأما القانون العراقي فلم يجعل الغبن بوحده مؤثراً في العقد إلّا في حالات معينة[٤] ـ وإنما القاعدة العامة فيه هو أن الغبن مع التغرير ـ كما سبق ـ يؤثر في العقد

---

(١) موراندیه، المصدر السابق ص (١٩٨ بند ٣٤٦ ٣٤٧)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٥٥ بند ١٠٧).

هذا. وبالإضافة إلى هذه القوانين المكملة فقد بذلت جهود شخصية في إكمال النقص الموجود في القانون الفرنسي مثل مشروع جيبال، وديبان المنشور في مجلة جمعية الدراسات التشريعية سنة ١٩٢٢ ص ٥٠ ـ ٥٢ وراجع: د. توفيق حسن، رسالته ص (٢٨).

(٢) جوسران، المصدر السابق بند (١٠٦) ص (٥٤).

(٣) مارسيل، المصدر السابق ص (٩٩ بند ٢٧١).

(٤) وهذه الحالات هي ما نصت عليه المادة (١٢٤ م. ع) بقولها: «على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً، أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة، أو الوقف فإن العقد يكون

فيجعله موقوفاً[1]. وأما الاستغلال فقد أقرته المادة (١٢٥م ع) حيث نصت على أنه: «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته، أو طيشه أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه فلحقه غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

فقد أشارت هذه المادة إلى عنصري الاستغلال إشارة واضحة وهما الغبن الفاحش الذي نرجع في تقديره إلى الفقه الإسلامي حسب الفقرة الثانية من المادة الأولى منه، والعنصر النفسي وهو الطيش ونحوه. فهذه المادة (١٢٥) - كما رأينا - أوسع بكثير من المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري من ناحيتين: أولاهما لم تقتصر على الطيش البين، والهوى الجامح من عناصر الاستغلال بل زاد فيها أموراً كثيرة وهي الحاجة، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك، كما أنها لم تقيد الطيش بالبين، والهوى بالجامح مما جعل مدى الاستغلال أوسع. وثانيتهما: أنها نصت على شمول الاستغلال لعقود التبرعات، وجعل جزاءه فيها هو جواز النقض في حين أن جزاء الاستغلال في المعاوضات هو رفع الغبن عنه إلى الحد المقعول. كما أن القانون العراقي يختلف عن القانون المصري في أن الغبن المراد في الاستغلال - أي العنصر المادي أو الموضوعي له - هو الغبن باعتبار قيمته المادية لا باعتباره قيمته الشخصية، كما هو الحال في القانون المصري، فالغبن المقصود الذي يدخل في الاستغلال كعنصر له هو الغبن الفاحش[2] الذي فسره الفقه الإسلامي بما لا يتغابن الناس بمثله، أو بما يصل إلى حد معين كالنصف، أو الخمس أو نحوه - على خلاف سيأتي -.

باطلاً» كما أبعد القانون العراقي الغبن نهائياً في عقد تم بطريق المزايدة العلنية (المادة ١٢٤/ ٣ م ع).

(١) يراجع في تفصيل ذلك: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في مصادر الالتزام (١/١٥٢ - ١٥٦)؛ ود. مالك دوهان، شرح القانون المدني (١/٣٣٨)؛ ود. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ص (٥٣)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام (١/٨٦)؛ ود. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/١٩٩).

(٢) يراجع في تفصيل هذه المسألة: د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزام ص (١٠٩)؛ والحكيم، المصدر السابق (١/١٥٨)؛ ود. غني حسون طه، الوجيز (١/٢١٠)؛ الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام (١/٩٢)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٥٥)؛ وسلمان بيات، القضاء المدني العراقي (١/١٦٣).

وقد شرح الفقه العراقي العناصر النفسية للاستغلال وهي حسب ورودها في المادة (١٢٥ م. ع):

١ ـ الحاجة، وهي تقترب من الضرورة لكنها لا ترقى إليها وإلا كان العقد موقوفاً للإكراه[١] مثل أن يحتاج شخص حاجة ملحة إلى النقود فيعرض شيئاً معيناً للبيع فيستغل المشتري هذه الحاجة فيدفع له ثمناً أقل بكثير من قيمتها الحقيقية، فيقبله البائع نزولاً على حكم حاجته[٢]، أو أن يصف الطبيب دواء للمريض لا يوجد إلا في صيدلية معينة فيستغل الصيدلي حاجته فيبيعه بأكثر من ثمنها[٣].

٢ ـ الطيش، وهو كما سبق الخفة والتسرع في الأمور دون التفكر في عواقبها، وهذا يحصل عادة عند الشباب الذين ورثوا فجأة أموالاً كثيرة فينصرفون إلى اللهو والملذات، ويركضون وراء إشباع الشهوات، فتكون حاجتهم مستمرة إلى النقود، فيتلقفهم المرابون، والمتصيدون لمثل هذه الحالات فيشترون منهم ما قيمته ألف بمائة، ويبيعونهم ما قيمته مائة بألف[٤].

٣ ـ الهوى، هو ميل النفس إلى شيء واشتهاؤها إليه وأغلب الحالات يكون بين الذكر والأنثى، ولا يختلف الفقه في العراق[٥] عما ذكره الفقه المصري سابقاً.

٤ ـ عدم الخبرة أو ضعف الإدراك، وقد دأب الفقه في العراق أن يذكرهما تحت فقرة واحدة[٦]، وهذا لا يعني أنهما بمعنى واحد، لكنهما قريبان من البعض حيث يجمعهما عدم التبصر والتنور، فهما حالتان يراد بعدم الخبرة أن الشخص كامل العقل والإدراك، لكنه ليس لديه الخبرة في التعامل والتعاقد، أو ليس له الخبرة بالمعقود

(١) د. الحكيم، المصدر السابق (١/١٥٨)؛ ود. حسن الذنون، المصدر السابق ص (١١٠)؛ ود. سعدون العامري، مذكرات في النظرية العامة للالتزام، ط بغداد ١٩٦٦ ص (١١٩)؛ ود. غني حسون طه، المصدر السابق (١/٢١٢)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٥٤).
(٢) المصادر السابقة أنفسها.
(٣) د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٥٤).
(٤) د. الحكيم، المصدر السابق (١/١٥٩)؛ ود. غني حسون، المصدر السابق (١/٢١٢)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٥٤).
(٥) المصادر السابقة أنفسها.
(٦) د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٥٥)؛ ود. الحكيم، المصدر السابق (١/١٦٠)؛ ود. غني حسون طه، المصدر السابق (١/٢١٣).

عليه، كالشخص الذي يريد أن يشتري سيارة وليس له أي خبرة بها فيستغل البائع هذه الحالة فيبيعها سيارة بسعر غال جداً[1]، وأما عدم الإدراك فقد أراد به القانون العراقي الشخص الذي ليس لديه قوة التمييز والإدراك الكامل بل يتصف بضعف في تمييزه لكنه لا يصل إلى حد العته، بل هو نوع من الغفلة وعدم الانتباه، ولا يشترط أن تكون هذه الصفة عامة لكل أحواله فقد يكون الشخص من أذكى الأذكياء في العلوم لكنه لا يعلم شيئاً عن العقود فيستطيع العاقد الآخر أن يستغله، ويسلم به الشيء الرديء بالجيد وبالعكس، فالقانون العراقي قد أراد ـ في نظري ـ بعدم الإدراك أمثال حبان بن منقذ الصحابي الذي كان قد أصابته آمة ـ جرح ـ في رأسه فكان ضعيف الإدراك يغبن في البياعات ـ كما سبق ـ[2].

وأخيراً فإن عبء إثبات كل من العنصرين: الموضوعي، والنفسي يقع على عاتق الطرف المغبون، لأنه هو المدعي أما تقدير توافر الاستغلال وتحقق عناصره أم لا فيعود إلى سلطة قاضي الموضوع[3].

ويختلف القانون المدني العراقي عن القانون المصري في الجزاء، حيث إن جزاء الاستغلال في القانون العراقي هو رفع الغبن إذا كان في عقود المعاوضات، وفسخ العقد إذا كان في التبرعات (المادة ١٢٥ م ع) في حين أن جزاءه في القانون المصري هو إبطال العقد، أو نقص الالتزامات إلى الحد المعقول (المادة ١٢٩م م) ولم يذكر صراحة أحكام الاستغلال في التبرعات ولذلك اختلف فيها الفقه كما سبق. واتفق القانون المدني العراقي مع نظيره المصري في تحديد المدة بسنة، وأنها ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم[4].

وأما القانون الإنجليزي[5]، فلا يعرف نظرية الاستغلال ـ كما هي معروفة في

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) يراجع ص (٣٣٩) من هذه الرسالة.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق (١٦١/١)؛ والمصادر السابقة.

(٥) يراجع في تفصيل ذلك: ولسون، المصدر السابق ص (١٧٥ وما بعدها)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٢٢٤)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد في القانونين المصري والإنجليزي المقارن ص (٢٥٠ ـ ٢٥١)، ومصادره المشار إليها؛ ولستون، المصدر السابق ص (١٩ بند ٢٠).

التقنينات الحديثة، لكنه استطاع قضاء العدالة أن يعالج موضوع الغبن، ومسائل الاستغلال ـ في الجملة ـ تحت ما أسماه:

(Equitable doctrine of undue influence) أي النفوذ غير الواجب، أو النفوذ الأدبي، فقد تصور الفقه والقضاء الإنجليزيين من خلال هذه الفكرة وقوع الاستغلال نتيجة نقص اجتماعي، أو نفسي، أو اقتصادي بحيث يستطيع العاقد المستغل ـ بكسر الغين ـ السيطرة على تفكيره بدرجة تجعل إرادته غير حرة مختارة وهذه الفكرة تحقق ـ في الجملة ـ الأهداف التي تحققها نظرية الاستغلال في التقنينات الحديثة، وهي تنطلق في نظر الإنجليز من حماية الثقة المشروعة في التعامل والحفاظ على العدالة في العلاقة التعاقدية، وأكثر من ذلك، فقد توسع قانون العدالة في قبول طلب الفسخ حيث يقبل دعواه بمجرد قرينة على وجود النفوذ غير الواجب ويقع عبء إثبات كون العقد عادلاً حينئذ على عاتق المتعاقد الآخر الذي يدعي نفي ذلك، أي أنه يقبل قرائن غير متشددة لمصلحة الشخص الذي يدعي أنه تعاقد تحت تأثير النفوذ المعنوي، فيكفي أن يثبت الأخير أوجه النقص المتوفرة في العقد حتى تقوم القرينة لصالحه، ويقع حينئذ على الطرف الآخر العكس[1].

ومن جهة أخرى أن القانون الإنجليزي لم يحدد الظروف التي تعتبر من أوجه النقص التي يمكن أن تكون عناصر الاستغلال النفسية، كما فعل القانون المصري حيث حددها بالطيش البين، والهوى الجامح، ومن هنا فقد فتح الباب لمتطلبات النظام الاجتماعي، والعدالة العقدية أمام تقدير القضاء، فهناك قضية (Williams V. Bayley)[2] التي تتلخص وقائعها في أن شخصاً قد أودع في أحد البنوك سندات إذنية زور فيها توقيع والده، ولما علم به البنك هدده بالرجوع إلى القضاء فتوسط والده وتعهد للبنك أن يعطيه رهناً مقابل إعادة هذه السندات، ولما عرض هذا الأمر على محكمة العدالة قضت بأن تعهد والده يعتبر تعهداً باطلاً، لأنه كان نتيجة ضغط، واستغلال لخوف الوالد على سلامة ابنه[3] وأكثر من ذلك فإن محاكم العدالة تستطيع أن تقضي بإبطال الأداءات غير المتكافئة عندما يوجد أحد طرفي العقد في مركز يسمح له باستغلال ضعف الآخر من ضعف معنوي، أو ضعف اقتصادي، أو جهله، أو عدم خبرته، أو حاجته، وفي مثل هذه الظروف يفترض قضاء العدالة وجود النفوذ غير

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) رقم القضية:

(1889) 36 Ch. D. 145. at P. 181.

(٣) حيثيات القضية السابقة.

االواجب، أو النفوذ الأدبي فيقيم قرينة لصالح من وقع ضحية استغلال هذه الظروف فيحكم بالبطلان، ويقع على الشخص الذي يريد التخلص من البطلان أن يثبت أن العقد عادل، وقد صدرت عدة قوانين من سنة ١٩٠٠ إلى ١٩٣٧ تنظم قواعد الإقراض بفائدة، وأكدت جميعها على أنه يجب على الأشخاص الذين يمتهنون الإقراض بفائدة ـ أي خارج البنوك ـ أن يثبتوا ـ إذا ما قاضوا مدينهم ـ أن سعر الفائدة أو مبلغ العمولة، أو المصاريف ليس فيه مبالغة، كما أنها أعطت الحق للمحكمة أن تعدل سعر الفائدة، أو العمولة بما يتفق والعرف[١]. وفي قضية (Evana V. Liewellin)[٢] التي تتلخص وقائعها في أن رجلاً فقيراً أصبح وارثاً في تركة يقدر نصيبه فيها بمبلغ (١٧٠٠ جـ) وقد باع نصيبه هذا بمبلغ (٢٠٠ جـ) نقداً، ثم التجأ إلى القضاء فحكم له بإبطال هذا العقد باعتبار وقوعه تحت النفوذ غير الواجب. ولا يمكن لنا تفسيره إلا على ضوء استغلال حاجته، وكذلك تصور القانون الإنجليزي وقوع الاستغلال في العقود التي تبرم بين الأشخاص الذين تربط بعضهم ببعض علاقات خاصة كالوالد مع ولده، والوصي مع القاصر، والطبيب مع مريضه، والمحامي مع موكله، وكذلك رجال الدين مع المتدين لكن عالج العقود التي تقع بينهم تحت قاعدة النفوذ غير الواجب، أو النفوذ الأدبي، أي إذا استغل أحدهم مركزه أو قوته للتعاقد مع الآخر بغبن فاحش غير معقول فإن القضاء يتدخل لرفع الحيف بإعادة الشيء إلى ما كان عليه أي إلغاء التعاقد، بل جعل من هذه الطائفة من العقود قرائن للنفوذ غير الواجب[٣].

وأخيراً فإن تقدير الغبن غير المعقول يعود إلى قاضي الموضوع فلا نرى في القضايا التي بين أيدينا حداً معيناً ولا سيما في البيع والشراء. كما أن القانون الإنجليزي لم يحدد مدة معينة لسقوط دعوى النفوذ غير الواجب، لكن قال: إن الحق في التمسك بالبطلان يسقط بعد مرور مدة معقولة من تأريخ زوال التسلط، أو النفوذ غير

---

(١) المصادر السابقة، وراجع في هذا المعنى قضية:

Collings V. Chas Bradbery Ltd. (1936) 3 All E.R. 369.

(٢) رقم القضية:

(1787) Cec. C.C. 33.

(٣) انظر في ذلك عدة قضايا منها: قضية

Bullock V. Lioyds Bank (1955) Ch. 37.

وقضية حديثة وهي:

Hdgson V. Marks (1970) 3 All E. R. 513).

الواجب، واعتبر التأخير غير العادي قرينة على الإجازة[1].

ونلخص مما عرضناه أن القانـون الإنجليزي لم يعـرف الاستغلال كنـظرية متكاملة، وإنما عالج أكثر مسائله على ضوء قواعد العدالة، وتحت مصطلح النفوذ غير الواجب، أو النفوذ الأدبي.

الفرع الثاني
الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي

ويتوزع على غصنين:

الغصن الأول
الغبن في الفقه الإسلامي

الغبن لغة: بسكون الباء بمعنى النقص في البيع، وبفتحها النقص في الرأي، وجاء الغبن ـ بسكون الباء ـ بمعنى النقص في الرأي[2]، وسئل الحسن البصري رحمه الله عن قوله تعالى: ﴿ ذلك يومُ التغابن ﴾[3] فقال: استنقصوا عقولهم باختيارهم الكفر على الإيمان، ونظر هو أيضاً إلى رجل غبن آخر فقال: إن هذا يغبن عقلك ـ أي ينقصه[4]، فعلى هذا فقد جاء الغبن في اللغة العربية بمعناه المادي، ومعناه النفسي، بل إن في كلام الحسن إشارة إلى العلاقة بين الجانب المادي للغبن والجانب النفسي

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) لسان العرب ص (٣٢١١)؛ والقاموس المحيط (٤/٢٥٥)؛ والمصباح (٢/٩٤).

(٣) سورة التغابن: الآية ٩.

وراجع تفسير القرطبي (١٨/١٣٦ ـ ١٣٨)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٤/١٨٠٣)، قال البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الرقاق (١١/٣٩٥): «التغابن: غبن أهل الجنة أهل النار». وقد فسر ذلك القرطبي في تفسيره (١٨/١٣٦): «أي أن أهل الجنة أخذوا الجنة، وأخذ أهل النار النار على طريق المبادلة فوقع الغبن لأجل مبادلتهم الخير بالشر، والنعيم بالعذاب». ومعنى ذلك أن الدنيا دار التعامل والتعاقد، فالكافر قد باع آخرته بشهوات دنيا فخسر وغبن فيها. وراجع أحكام القرآن لابن العربي (٤/١٨٠٣).

(٤) أنظر: المصادر السابقة.

له. وقد ورد الغبن بمعناه المادي في حديث رواه أحمد ـ في قصة شراء الرسول ﷺ ناقة جابر أنه دفع فيها أولاً درهماً. فقال: لا يغبنني رسول الله. حتى دفع فيها أوقية[1].

هذا وقد حارب الإسلام الربا بكل أشكاله في آيات وأحاديث كثيرة، غير أن أول علاج لمسألة الغبن في المعاملات يواجهنا في السنة المطهرة هو قضية الغبن الذي كان يقع فيه كثيراً الصحابي الجليل منقذ بن عمر[2] فشكا ما يلقى من الغبن فقال له رسول الله ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خلابة» هذه هي رواية أحمد[3]، وفي رواية البخاري ومسلم بسندهما عن ابن عمر قال: «أن رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة»[4]. ورواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة بلفظ: «أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع، وكان في عقدته ـ يعني في عقله ـ ضعف، فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه ونهاه، فقال: إني لا أصبر عن البيع. فقال: «إن كنت غير تارك للبيع فقل: هاء وها، ولا خلابة»[5]، قال عبد الوهاب ـ أحد رواة الحديث: «يعني لا يغبنونه»[6]، وفي رواية أخرى رواها ابن ماجة والدارقطني بسندهما عن محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدي منقذ بن عمر، وكان رجلاً قد أصابته أمة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، فكان لا يزال يغبن، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال: «إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليالٍ أن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها»[7]. وفي مجموع هذه الروايات لهذه القصة الواحدة نصل إلى أن الرجل كان عنده ضعف في الإدراك نتيجةما أصابه من جرح في رأسه وكان يغبن، ويخدع في البيوع ومع ذلك لم

---

(1) مسند أحمد (٣/٣٧٦).

(2) هذا هو الصحيح الذي جزم به المحققون، وقال بعضهم إن القصة لحبان بن منقذ بن عمر.
انظر: تلخيص الحبير (٣/٢١).

(3) مسند أحمد (٢/١٢٩).

(4) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٣٧)؛ ومسلم (٣/١١٦٥).

(5) مسند أحمد (٢/٨٠، ١٢٩)؛ وسنن أبي داود مع العون (٩/٣٩٥)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٤٥٥)؛ والنسائي (٧/٢٢٢)؛ وابن ماجه (٢/٧٥٣).
وراجع: تلخيص الحبير (٣/٢١)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٣٠).

(6) سنن الدارقطني (٣/٥٥).

(7) سنن ابن ماجه (٢/٧٥٣)؛ وسنن الدارقطني (٣/٥٥ ـ ٥٦).

يكن بوسعه أن يترك التجارة، فأرشده الرسول ﷺ إلى أن يقول في عقوده في المستقبل: «لا خلابة» أي لا خديعة ولا غش، وإذا قالها فيكون له الخيار لمدة ثلاثة أيام، وذكر الحافظ ابن حجر أن هذا الرجل قد بقي حتى أدرك زمان عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة فكثر الناس في زمن عثمان، وكان إذا اشترى شيئاً فقيل له: إنك غبنت فيه رجع به فيشهد له الرجل من الصحابة بأن النبي ﷺ قد جعله بالخيار ثلاثاً فيرد له دراهمه»(١).

ويظهر من هذا الحديث ما يأتي:

١ ـ أن الرسول ﷺ لم يحكم ببطلان العقود السابقة التي وقع الرجل في غبن فيها، فهذا دليل على أن الغبن المجرد عن الخديعة ودون اشتراط عدم الغبن في العقد ليس من أسباب الخيار، أو البطلان.

٢ ـ أنه ﷺ أرشده إلى الاشتراط فعلى هذا إنما يؤثر الغبن إذا اشترط عدمه داخل العقد، قال الحافظ ابن حجر: «... ولو كان الغبن يملك به الفسخ لما احتاج ألى شرط الخيار»(٢).

٣ ـ أن الغبن في الحديث مطلق لم يقيد بكونه يسيراً أو فاحشاً فيبقى على إطلاقه، ويكون الخيار يثبت إذا حصل الغبن وإن كان يسيراً ما دام قال: «لا خلابة» أو إشترط عدم وقوع الغبن فيه.

٤ ـ أنه ﷺ أرشده إلى اشتراط «لا خلابة» أي لا خديعة، ولم يقل له: قل: ولا غبن مما يدل على أن التأثير للخديعة وليس للغبن المجرد، نعم يمكن أن يفهم من الحديث أن الغبن دليل على وجود الخدعة بدليل أن الرجل كان يغبن مع أن الرسول ﷺ أرشده إلى أن يقول: «لا خلابة» وأنه كان له الخيار إذا وقع في عقده غبن دون البحث عن الخدعة. لكن هذا يعود إلى اشتراطه هذا الشرط ووجوده بهذه الصفة من ضعف الإدراك قال ابن العربي: «يحتمل أن الخديعة في قصة هذا الرجل كانت في العيب، أو في الكذب، أو في الثمن، أو في الغبن، فلا يحتج بها في مسألة الغبن بخصوصها، وليست قصة عامة، وإنما هي خاصة في واقعة عين فيحتج بها في حق من كان بصفة الرجل»(٣). وقال الحافظ ابن حجر: قال العلماء: «لقنه النبي ﷺ هذا القول

---

(١) فتح الباري (٤/٣٣٧).

(٢) فتح الباري (٤/٣٣٧).

(٣) ذكره عنه الحافظ ابن حجر في الفتح (٤/٣٣٧ ـ ٣٣٨).

ليتلفظ به عند البيع فيطلع به صاحبه على أنه ليس من ذوي البصائر في معرفة السلع ومقادير القيمة فيرى له كما يرى لنفسه لما تقرر من حض المتبـايعين على أداء النصيحة . . »[1].

والذي يظهر من خلال استعراض جميع روايات الحديث وصياغته أن تلقينه ﷺ ليس لأجل ذلك ـ أي لأن يطلع به صاحبه على أنه ليس من ذوي البصائر ـ وإلا كانت الصياغة بشكل آخر، وذلك لأن هذه الجملة: «لا خلابة» بهذه الصورة التي اتفق عليها جميع الروايات التي وصلت إلينا مصطلح إسلامي أطلقه الرسول ﷺ أكثر من مرة، ولقن به أصحابه، فكانوا يرددونه في كثير من عقودهم، وهي جملة صيغت بلا التي تدل على نفي الجنس والحقيقة، وتعني نفي جميع وسائل الخدعة، والغش والكتمان والظلم بين المسلمين في عقودهم فقد روى البخاري تعليقاً، والترمذي، والنسائي، وابن ماجة، وابن جارود، وابن منده بسندهم موصولاً عن العداء بن خالد قال: كتب لي النبي ﷺ: «هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم، لاداء، ولا خبثة ولا غائلة»[2] فأصبح «بيع المسلم من المسلم» عنوان الأمانة والصدق وعدم الإضرار بأخيه، فقال ﷺ: «فلا غش بين المسلمين»[3]، فهذه الصياغة الواردة بلا النافية للجنس إن دلت على شيء فإنما تدل على أن من ضروريات المسلم عدم الخيانة، إذن فقول العاقد ـ تطبيقاً لقوله ﷺ: «لا خلابة» أي لا غش ولا ظلم في العقد الذي تم بيننا كمسلمين، فهذا اشتراط بعدم وقوع الغش والضرر في العقد، فإذا و قع فيه فقد خالف الشرط فيثبت الخيار، فيكون الحكم عاماً لكل من يشترط هذا الشرط. كما أنه ليس ببعيد عن معنى الحديث إثبات الخيار لكل من كان مثل المنقذ في كونه ضعيف الإدراك ووقع في غبن خارج عن عادة الناس[4].

---

(١) فتح الباري (٤/٣٣٧).

(٢) هذا نص البخاري تعليقاً انظر صحيحه مع الفتح (٤/٣٠٩)، والبقية. رووه على أن البائع هو النبي ﷺ والمشتري هو العداء، ولا ضير، لأن لفظ البيع والشراء يطلق كل واحد منهما على الآخر.

انظر الحديث في سنن الترمذي مع شرحها تحفة الأحوذي، كتاب البيوع (٤/٤٠٧)؛ وابن ماجه، كتاب التجارات (٢/٧٥٦)؛ وفتح الباري (٤/٣١٠).

(٣) رواه الدارمي في سننه (٢/١٦٤).

(٤) فتح الباري (٤/٣٣٧)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٣٠).

وقد سجلت لنا كتب الحديث حادثة أخرى في مسألة الغبن في عهد الخليفة عثمان رضي الله عنه فقد روى البخاري بسنده عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «بعت من أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه مالاً بالوادي بمال له بخيبر. . . فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليالٍ، وساقني إلى المدينة بثلاث ليال»[1]، والشاهد في هذا الحديث أن ابن عمر رضي الله عنهما قد غبن عثمان رضي الله عنه ومع ذلك لم يفسخ العقد، فلو كان الغبن موجباً للفسخ لما رضي هذا الصحابي الجليل بمخالفة الشرع، فالغبن لا تخلو عنه المعاملات إلا إذا خرج عن حده المعتاد، وحينذاك يعالج على ضوء قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ـ كما سيأتي. قال الحافظ ابن حجر: «وفيه ـ أي في هذا الأثر ـ أن الغبن لا يرد به البيع»[2]. وليس في هذا الأثر دليل على أن الغبن الفاحش لا يرد به البيع ـ كما سيأتي في الأدلة ـ.

وقد عرف الفقه الإسلامي الغبن بأنه النقص في أحد العوضين بأن يكون أحدهما أقل مما يساويه عند التعاقد، فهو من جهة الغابن تمليك مال بما يزيد على قيمته، ومن جهة المغبون تملك المال بأكثر من قيمته، فالغبن إذن هو عدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه، فتكون المقابلة بين العوضين غير عادلة[3]. قال ابن ميارة الفاسي: «الغبن: هو أن يشتري بأكثر من القيمة بكثير فيغبن المشترى، أو يبيع بأقل من القيمة بكثير فيغبن البائع»[4].

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٣٤ ـ ٣٣٥).

(٢) فتح الباري (٤/٣٣٧).

(٣) يراجع في مسألة الغبن: رسالة التحبير في الغبن لابن عابدين (٢/٧٤)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/١٤٣)؛ وجامع الفصولين (٢/٢٣)؛ والتاج والإكليل (٤/٤٦٨)؛ والدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٤٠)؛ وبداية المجتهد (٢/١٣١)؛ والإفصاح لابن هبيرة ص (٣٢٤)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/٣٩٦)؛ والروض المربع (٤/٤٣٣)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٤٥٢)؛ والمكاسب للأنصاري ص (٣٣٤).

وراجع أيضاً: الشيخ أبا زهرة، نظرية العقد ص (٤٦١)؛ والزرقاء، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (١/٣٩٤)؛ والأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ص (٦٣٢)؛ وبحر العلوم، رسالته السابقة ص (٣٥٩)؛ ود. السنهوري، مصادر الحق (٢/١٣٧)؛ وأستاذنا الشيخ العدوي، نظرية العقد ص (١٠٥)؛ وغيرها من المصادر والمراجع الآتية في أماكنها.

(٤) شرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/٣٩).

حكم الغبن في الشريعة الإسلامية

حرمت الشريعة الغراء الغبن الكثير، وأعلن حرباً لا هوادة فيها على الربا باعتباره مظهراً من مظاهر الظلم والغبن، فقد اشترط الرسول ﷺ التساوي الكامل عند اتحاد الجنس حيث ورد في الحديث الصحيح أنه ﷺ نهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين»[1]، فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان. قال ابن رشد: «قالوا ـ أي الفقهاء ـ: لما كان معقول المعنى في الرباإنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضاً وأن تحفظ أموالهم»[2]، ثم قال: «ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر ـ والله أعلم ـ أن علتهم ـ أي علة من جعل علة حرمة الربا في الكيل، أو الوزن ـ أولى العلل، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعني تقديرها...»[3].

وكذلك لا يجوز الغبن الذي يمكن الاحتراز عنه في جميع المعاملات فالغبن مظهر من مظاهر الظلم والضرر وهما محرمان في الشريعة الغراء[4] قال ابن العربي، والقرطبي وغيرهما: «استدل علماؤنا بقوله تعالى: ﴿ ذلكَ يومُ التَغابن ﴾[5] على أنه لا يجوز الغبن في معاملة الدنيا، لأن الله تعالى خصص التغابن بيوم القيامة فقال: ﴿ ذَلِكَ يَـومُ التَغَـابُن ﴾ وهذا الاختصاص يفيد أنه لا غبن في الدنيا، فكل من اطلع على غبن في مبيع فإنه مردود إذا زاد على الثلث واختاره البغداديون، ... وأن الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع...، إذ هو من باب الخداع المحرم شرعاً في كل ملة، لكن اليسير منه

---

(١) انظر الحديث في صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٧٩ ـ ٣٨٣)؛ ومسلم (٣/١٢٠٨، ١٢١٢)؛ ومسند الشافعي ص (٤٨)؛ ومسند أحمد (٣/٤، ٥/٤٩)؛ والمستدرك (٢/٤٣)؛ وسنن أبي داود مع العون (٩/١٩٨ ـ ١٩٩)؛ وابن ماجه (٢/٧٥٧ ـ ٧٥٨)؛ والترمذي (١/٢٣٣)؛ والنسائي (٧/٢٧٠)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٥/٢٧٦)؛ وراجع نيل الأوطار (٦/٣٤٠).

(٢) بداية المجتهد (٢/١٣١).

(٣) المصدر السابق (٢/١٣٢).

(٤)قال الرافعي والنووي: «وتحريم الأضرارمعلوم من الألفاظ العامة» أي للكتاب والسنّة. انظر: الروضة (٣/٤١٥).

(٥) سورة التغابن: الآية ٩.

لا يمكن الاحتراز عنه لأحد، فمضى في البيوع، إذ لو حكمنا برده ما نفذ بيع أبداً، لأنه لا يخلو منه، حتى إذا كان كثيراً أمكن الاحتراز منه فوجب الرد به...»[1].

فالغبن اليسير لا يؤثر في المعاملات[2] في الجملة لأنها لا تخلو منه في الغالب ـ وإن كان يؤثر في بعض العقود، وبالنسبة لبعض الأشخاص كما يأتي ـ وإنما الذي يؤثر هو الغبن الفاحش. قال ابن العربي: «والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم» لكن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد معيار للتفرقة بين الغبن الفاحش (الكثير) والغبن اليسير (القليل) على إتجاهين إتجاه يختار معياراً تحديدياً جامداً، واتجاه يختار معياراً مرناً.

فذهب إلى الاتجاه الأول محمد بن حسن الشيباني، ونصير بن يحيى البلخي من الحنفية[3] والمالكية في قول اختاره البغداديون[4] ورأى لبعض أصحاب أحمد[5] وبعض أئمة الزيدية[6]، ثم إن هؤلاء لم يتفقوا على وضع نسبة محددة واحدة بل اختلفوا فيها فذهب محمد، والبلخي إلى أن الغبن الفاحش هو ما كان زائداً على نصف العشر (٥٪) والغبن اليسير هو ما بلغ نصف العشر أو أقل منه[7]، غير أن نصير

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)؛ وتفسير القرطبي (١٣٨/١٨).

(٢) قال ابن هبيرة في الإفصاح ص (٣٢٤): «واتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته».

(٣) حاشية الرملي على جامع الفصولين (٢٣/٢).

(٤) التاج والإكليل (٤٦٨/٤)؛ ومواهب الجليل (٤٧١/٤)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤).

(٥) الإنصاف (٤/ ٣٩٤ ـ ٣٩٥).

(٦) نيل الأوطار (٣٣٠/٦).

(٧) جامع الفصولين مع حاشية الرملي عليه (٢٣/٢).

هذا. وقد نصت المادة (١٦٥) من المجلة على أن «الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات والخمس في العقار...».

وراجع: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط. بغداد (١١٣/١).

ولا يخفى أن تقدير المجلة للغبن الفاحش يختلف عن تقدير البلخي الذي اعتمدت عليه في هذا التقدير، فالغبن الفاحش عنده يبدأ بعد تجاوز نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوان، والخمس في العقار، فنصف العشر يسير في نظر البلخي في حين فاحش في تقدير المجلة. وهكذا. انظر: صبحي محمصاني: الموجبات والعقود (١٨٢/٢).

البلخي قد فرق بين أنواع المعقود عليه، وقال: «إن ما يتغابن فيه الناس عادة فهو يسير، وما عداه فهو فاحش» ثم لم يقف عند هذا الحد، بل حدده حسب نوعية المعقود عليه، فقال: إن ما يتغابن فيه الناس في العروض نصف العشر، وفي الحيوان العشر، وفي العقار الخمس، وما خرج عنه فهو فاحش، ثم بين سبب هذه التفرقة بأنه يعود إلى أن التصرف يكثر وجوده في العروض، ويقل في العقار، ويتوسط في الحيوان، وكثرة الغبن لقلة التصرف[1]. وحدد المالكية في قول اختاره البغداديون[2] وبعض أصحاب أحمد[3] والمنصور ويحيى من الزيدية[4] الغبن الفاحش بثلث العشر، وذهب بعض أصحاب أحمد إلى تقدير الغبن الفاحش بالسدس لكن المرداوي أشار إلى ضعفه في المذهب[5] كما ذهب بعضهم الآخر إلى تقديره بالربع[6].

وذهب إلى الاتجاه الثاني ـ أي المعيار المرن ـ الحنفية في ظاهر الرواية[7] والمالكية في رأي[8] والحنابلة على الصحيح في المذهب[9] والظاهرية[10] والإمامية[11]. فقد قال الحنفية في ظاهر الرواية: «إن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم

---

(١) جامع الفصولين (٢٣/٢) مع حاشية الرملي عليه.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير (١٤٠/٣)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤).

(٣) الإفصاح للوزير ابن هبيرة ص (٣٢٤)؛ والانصاف للمرداوي (٣٩٤/٤).

(٤) نيل الأوطار (٣٣٠/٦).

(٥) الإنصاف (٣٩٤/٤/٤ ـ ٣٩٥).

(٦) المصدر السابق نفسه.

(٧) الدر المختار مع رد المحتار (١٤٣/٥)؛ ورسالة ابن عابدين في الغبن مع مجموعة رسائله (٧١/٢)؛ وجامع الفصولين مع حاشية الرملي عليه (٢٢/٢ ـ ٢٣)؛ والبحر الرائق (١١٥/٦ ـ ١١٦).

(٨) مواهب الجليل (٤٧١/٤ ـ ٤٧٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (١٤٠/٣)؛ وشرح تحفة الحكام (٣٩/٢).

(٩) الإنصاف (٣٩٤/٤)؛ والروض المربع (٤٣٣/٢). وقال ابن هبيرة: «ولم يقدره ـ أي الغبن الفاحش ـ أحد». راجع الإفصاح ص (٣٢٤).

(١٠) المحلى لابن حزم (٤٥٢/٩)، لكن الظاهرية لم يعترفوا بالتفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير، بل اعتبروا الزيادة على ما يساويه الشيء غبناً محرماً قال ابن حزم: «ولايحل بيع شيء بأكثر مما يساوي، ولا بأقل مما يساوي. . .».

(١١) مفتاح الكرامة للعاملي (٥٧١/٤)؛ ومنهاج الصالحين للحكيم (٣٣/٢)؛ والمكاسب للأنصاري ص (٣٣٤).

المقومين[1] قال ابن عابدين: «وهو الصحيح، وذلك كما لو وقع البيع بعشرة دنانير ـ مثلاً ـ ثم إن بعض المقومين يقول: إنه يساوي خمسة، وبعضهم: سبعة فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد، بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية، وبعضهم: تسعة وبعضهم: عشرة فهذا غبن يسير»[2]، وعبر بعض الحنفية عن ذلك بقوله: «اليسير: هو ما يتغابن فيه الناس، والفاحش: هو ما لا يتغابن فيه عرفاً»[3]، وقال الحطاب المالكي: «قد اختلف الأصحاب في تقديره ـ أي الغبن المؤثر ـ فمنهم من حده بالثلث فأكثر، ومنهم من قال: لا حد له، وإنما المعتبر فيه العادة بين التجار، فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم، ويختلفون فيه فلا مقال للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار»[4]. وقال المرداوي الحنبلي: «يرجع الغبن إلى العرف والعادة على الصحيح من المذهب نص عليه ـ أي أحمد ـ وعليه جماهير الأصحاب»[5].

والذي يظهر لنا رجحانه هو الاتجاه الثاني الذي جعل معيار الغبن مرناً حيث أعاد التحديد فيه إلى عرف التجار وتقويمهم، وذلك لأنه لم يرد في الشرع تحديده فيرجع فيه إلى العرف، ولا سيما أن عرفهم يعتبر مرجعاً لكثير من أمور التعامل مثل اعتبار العيب، أو عدمه وغير ذلك، وأما الاتجاه الأول فعلى الرغم من أنه لا يخلو عن بعض فوائد مثل سهولة معرفته، لكنه معيار جامد لا يستجيب لجميع متطلبات التعامل وحالاته، فلا تصلح نسبة محددة كالنصف، أو العشر لجميع الحالات والظروف، فمثل هذه القاعدة الجامدة المحددة دون النظر إلى الظروف والأحوال لا يؤمن من الوقوع في الإجحاف والتعسف في بعض تطبيقاتها، أما المعيار المرن فيعطي للقاضي ميداناً واسعاً للبحث عن العدالة حسب دراسة كل قضية. لذلك فإحالة الأمر إلى عرف التجار في كل الظروف والأعصار أقرب إلى موارد الشريعة وقواعدها العامة في التعامل.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/١٤٣).

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/١٤٣).

(٣) جامع الفصولين (٢/٢٣).

(٤) مواهب الجليل (٤/٤٧١ ـ ٤٧٢)، بتصرف قليل.

وراجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤٠)، حيث ذكر أيضاً أن الغبن اليسير هو ما جرت به العادة، والفاحش هو ما خرج عن معتاد العقلاء.

(٥) الانصاف (٤/٣٩٤).

أثر الغبن في العقود:

بعد أن بينا أن الغبن الذي يمكن الاحتراز عنه حرام في الشرع فإننا نحب أن نذكر أن الشريعة الغراء لا تكتفي بمجرد القول بالحرمة، بل يرتب عليه الآثار الظاهرة من بطلان أو عدم لزوم، أو نحوهما. غير أن ذلك ليس محل الوفاق بين الفقهاء المسلمين، بل اختلفوا فيه، وحتى يكون كلامنا دقيقاً لا بدّ أن نذكر آراء الفقهاء في أثر الغبن اليسير، ثم أثر الغبن الفاحش. فبالنسبة لأثر الغبن اليسير ادعى بعضهم الاتفاق على عدم تأثيره في العقود قال ابن هبيرة «واتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته»[1]، لكن هذا الإطلاق يتجافى عن الدقة حيث إن بياعات الأمانة كالمرابحة، والاسترسال والاستئمان والتولية ونحوها يؤثر فيها الغبن مطلقاً، وكذلك يؤثر في عقود ناقصي الأهلية ـ كما سبق ـ فقد استثنى الفقهاء عن قاعدة: «الغبن اليسير لا يؤثر» عدة استثناءات ذكر بعض علماء الحنفية منها عشر مسائل[2] وهي:

الأولى: العبد المأذون المديون إذا باع منه مولاه لا يجوز بغبن وإذا كان يسيراً.

الثانية: رب المال باع مال المضاربة فلا يجوز بالغبن مطلقاً.

الثالثة: الغاصب الذي ضمن المغصوب مع يمينه على أساس أن قيمته مائة دينار ـ مثلاً ـ ثم ظهر أن قيمته أكثر منها بيسير فللمالك فسخ هذا الاتفاق، بحيث لو كان المغصوب موجوداً فله أخذه[3].

الرابعة: أوصى بثلث ماله فباع الموصي في مرض موته شيئاً بيسير الغبن فإنه يدخل في ثلث ماله.

الخامسة: مريض مستغرق بدين إذا باع بغبن يسير فله أن يفسخ العقد، أو يتم المشتري تمام القيمة.

السادسة: بيع المريض مرض الموت وشراؤه من وارثه إذا كان بغبن يسير لم يجز عند أبي حنيفة، وأنكر بعض علماء الحنفية الخلاف في ذلك فقالوا: إن بيع الوارث أو شراءه من المورث المريض لا يجوز إجماعاً[4].

السابعة: المحجور بدين حيث لا يجوز بيعه بيسير غبن فيخير المشتري بين إتمام القيمة، أو الفسخ وذلك لحق الغرماء.

---

(١) الإفصاح ص (٣٢٤).

(٢) جامع الفصولين (٢/٢٢ ـ ٢٣).

(٣) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٤) جامع الفصولين (٢/٢٢).

الثامنة: بيع الوصي ممن لا تقبل شهادته له كالأصل والفرع لا يجوز بمحاباة وإن كانت قليلة، قال خير الدين الرملي معقباً على هذه العبارة: «وسبق أن عقد الأب ووصيه، وأن الأب ووصيه، والقاضي ومن نصبه القاضي يصح بيسير الغبن فيكون ما قدمه في غير من لا تقبل شهادته»[1].

التاسعة: بيع المضارب ممن لا تجوز شهادته له لا تجوز بمحاباة قليلة - أي بغبن يسير.

العاشرة: الوكيل الخاص بشراء شيء معلوم القيمة - مثل له القاضي ابن سماونه بالفحم وغيره - ثم قال: «فلو شراه بيسير الغبن نفذ عليه، لا على موكله، لأنه مما لا يدخل تحت التقويم، إذ لا يحتاج إلى تقويمهم وبه يفتي»[2]، وقد نبه القاضي ابن سماونه على أن اليسير إنما لا يؤثر عموماً إذا كان بانفراده، أما إذا جمع معه ما جعله فاحشاً فلا يعفى عن هذا القدر اليسير، فيبدأ الأثر فيما تجاوزه فقال: «ثم فيما يتحمل فيه اليسير إنما يعفى بانفراده، وأما إذا فحش فلا يعفى عنه قدر اليسير، فهذا كنجاسة على ثوب لا يمنع الصلاة قدر الدرهم فلو أكثر يمنع، إن قدر الدرهم عفو، والزيادة لا تبلغه فيعفى إذ العفو مقيد بانفراده»[3].

ومن الحنابلة من قال: إن الغبن اليسير يؤثر في العقد قال العلّامة المرداوي: «وظاهر كلام الخرقي أن الخيار يثبت بمجرد الغبن وإن قل» وهو ظاهر ما قدمه في المستوعب، وقد قال أبو يعلى الصغير في موضع من كلامه: «له الفسخ بغبن يسير كدرهم في عشرة بالشرط»[4]. وأما الظاهرية فلم يعترفوا بالتفرقة بين الغبن الفاحش واليسير، بل ذهبوا إلى أن الغبن مطلقاً يوجب الخيار ما دام المغبون لم يعلم به عند التعاقد قال ابن حزم: «ولا يحل بيع شيء بأكثر مما يساوي، ولا بأقل مما يساوي، إذا اشترط البائع أو المشتري السلامة إلا بمعرفة البائع أو المشتري معاً بمقدار الغبن في ذلك ورضاهما به، فإن اشترط أحدهما السلامة ووقع البيع كما ذكرنا، ولم يعلما قدر الغبن، أو علمه غير المغبون منهما ولم يعلمه المغبون فهو بيع باطل، مردود، مفسوخ أبداً، مضمون على من قبضه ضمان الغصب، وليس لهما إجازته إلا بابتداء عقد. فإن لم يشترطا السلامة، ولا أحدهما ثم وجد غبن على أحدهما ولم يكن علم به،

---

(1) حاشية الرملي على جامع الفصولين (٢/٢٢).

(2) جامع الفصولين (٢/٢٣).

(3) جامع الفصولين (٢/٢٣).

(4) الإنصاف (٤/٣٩٥).

فللمغبون إنفاذ البيع، أو رده، فإن فات الشيء المبيع رجع المغبون منهما بقدر الغبن وهو قول أبي ثور، وقول أصحابنا إلا أنهم قالوا: لا يجوز رضاهما بالغبن أصلاً»[١].

وأما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء في أثره على ثلاثة آراء: رأي يعتد به مطلقاً، ورأي لا يعتد به مطلقاً، ورأي يعتد به إذا صاحبه تغرير.

ذهب إلى الاتجاه الأول رأي داخل المذهب الحنفي[٢] وقول لـلمالكية اختاره البغداديون[٣] ورأى داخل المذهب الحنبلي[٤]، وبعض أئمة الزيدية كالمنصور بالله، والإمام يحيى[٥] والإمامية[٦] والظاهرية إذا كان المغبون جاهلاً بالغبن[٧].

قال الرملي الحنفي: «إن الرد بالغبن الفاحش مطلقاً أفتى به كثير من علمائنا وأنه أرفق بالناس»[٨]، وقد أفتى بذلك أبو بكر الرازي الجصاص، كما اختاره أبو بكر الزرنجري، والقاضي جلال، كما أفتى بالرد بالغبن الفاحش في المضاربة[٩]. قال ابن نجيم: «واختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري، وكذا في واقعات الجصاص، وعليه أكثر روايات المضاربة، وبه يفتي واختاره النسفي وأبو يسر البزدوي»[١٠]. وذكر العيني في شرح الكنز أن في المغبون غبناً فاحشاً روايتين، ويفتي برواية الرد رفقاً بالناس[١١]. هذا بالنسبة للغبن الذي وقع فيه كامل الأهلية، أما إذا كان الغبن على ناقصي الأهلية فإنه يؤثر أكثر، وقد ذكرنا أنه في بعض صور عقودهم يؤثر حتى الغبن اليسير. وذكر ابن عابدين: «إن دعوى القاصرين بعد بلوغهم بأن بيع الوصي كان بغبن فاحش مسموعة، لكن بشرط أن لا يكون وقت البيع قد شهدت بينه بأن الثمن هو ثمن المثل، بل إن بينة الغبن من القصر بعد البلوغ تقدم على بينة

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٤٥٤).

(٢) البحر الرائق لابن نجيم (٦/١٢٥)؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/١٤٢).

(٣) التاج والإكليل (٤/٤٦٨ ـ ٤٦٩)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٤/١٨٠٤).

(٤) الإنصاف (٤/٣٩٦)؛ والروض المربع (٤/٤٣٣).

(٥) نيل الأوطار (٦/٣٣٠).

(٦) مفتاح الكرامة للعاملي (٤/٥٧٠).

(٧) المحلى لابن حزم (٩/٤٥٤).

(٨) رسالة التحبير في الغبن، ضمن رسائل ابن عابدين (٢/٧١).

(٩) البحر الرائق (٦/١٢٥).

(١٠) المصدر السابق (٦/١٢٦).

(١١) رسالة التحبير في الغبن لابن عابدين، ضمن مجموعة رسائله (٢/٧١).

المشتري، كما يثبت حق الرد بالغبن الفاحش لوصي اليتيم[1]، وهذا ما اختارته المجلة التي تأخذ بالراجح في المذهب الحنفي حيث نصت في المادة (٣٥٦) على أنه: «إذا وجد غبن فاحش في البيع، ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع، ومال الوقف، وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم» قال ابن عابدين: «وأفتى به التمرتاشي الغزي... ويؤيده ما في الدر المختار من أن بيع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش باطل، وقيل: فاسدورجح... وعلى هذا قيم الوقف»[2]. وذكر لفظ البيع في كتب الحنفية والمجلة ليس للدلالة على حصر أثر حكم الغبن فيه بل يتعدى إلى جميع عقود المعاوضات حيث ذكرت المجلة أمثلة كثيرة بناها على الراجح في المذهب الحنفي، منها الإجارة، والقسمة، والوكالة بالشراء فنصت في مادتها (٤٤١) بخصوص الإجارة على أنه: «لو أجر الوصي، والمتولي عقار اليتيم أو الوقف بأنقص من أجرة المثل تكون الإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل». ونصت في مادتها (١٤٨٢) على أن الوكيل لا يجوز أن يشتري بغبن فاحش فلو فعل ذلك «فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته» هذا في الوكيل بالشراء، أما الوكيل بالبيع فيختلف عنه في هذا الحكم حيث إن له ـ حسب المادة (١٤٩٤) من المجلة ـ «أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً»[3]، وهذه التفرقة التي أخذت بها المجلة هي مذهب الإمام أبي حنيفة، وأما مذهب صاحبيه: أبي يوسف ومحمد فهو أن الوكيل بالبيع كالوكيل بالشراء فلا يجوز له التصرف بنقصان لا يتغابن فيه الناس[4].

هذا ـ وقد سبق أن الجمهور ـ ولا سيما الحنفية ـ يعتبرون الغبن علامة على عدم لزوم تصرفات الصبي المميز ومن كان في حكمه كالمعتوه، والسفيه ـ فقد سبق أن تصرفاتهم التي فيها ضرر غير لازمة.

وأما مذهب المالكية فأكثر القائلين منهم بأثر الغبن في العقود لم يشترطوا مقارنة شيء آخر له ليؤثر، قال ابن العربي: «فكل من اطلع على غبن في مبيع فإنه مردود إذا زاد على الثلث واختاره البغداديون»[5]، واشترط بعضهم في التأثير ـ كون المغبون

---

(١) رسالة التحبير لابن عابدين (٢/٧٤)؛ والدر المختار (٥/٥٩).

(٢) انظر: المصدرين السابقين.

(٣) وراجع: صبحي محمصاني، الموجبات والعقود (٢/١٨٤).

(٤) الهداية مع شرح العناية وتكملة فتح القدير (٦/٥٢)؛ والبحر الرائق (٧/١٦٧).

(٥) أحكام القرآن (٤/١٨٠٤).

جاهلاً بالغبن، قال المواق: «والأصل في هذا ـ أي الغبن ـ أن ينظر إلى مدعي الجهل فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم، وقال اللخمي: اختلف إذا تبايع الرجلان السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر. هل لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال؟ ذكر. . . أن بعض البغداديين يقولون بالرد بالغبن الفاحش إذا كان جاهلاً بما صنع، وقام قبل مجاوزة العام، وبهذا أفتى المازري، وابن عرفة، والبرزلي، وابن لب»[1]، فعلى هذا فالغبن إنما يؤثر إذا كان المغبون جاهلاً بأحوال السوق والغبن الذي وقع فيه، وأن يكون الغبن في حدود الثلث، وأن يفسخه في حدود سنة[2]، وقد ذكر ابن ميارة الفاسي[3] والعدوي[4] أن القاضي عبد الوهاب المالكي يقول: «إنه لا خلاف بين المالكية في ثبوت الخيار بالغبن لغير العارف بأحوال السوق، وإنما الخلاف لغير العارف حيث فيه قولان».

وذهب إلى الاتجاه الثاني الحنفية في ظاهر الرواية[5] ورأى للمالكية للعارف بأحوال السوق[6]، والشافعية الذين لم يثبتوا للغبن أثراً[7]، لكن لهم ـ أي الشافعية ـ رأى بأن

---

(١) التاج والإكليل (٤/٤٦٨ ـ ٤٦٩)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٤٠).

وقد نظمه القاضي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي فقال:

ومن يغبن في مبيع قاما ... فشرطه أن لا يجوز العاما
وأن يكون جاهلاً بما صنع ... والغبن في الثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام ... وليس للعارف من قيام

راجع لتفصيل ذلك: شرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (٢/٣٨ ـ ٤٠).

(٢) المصادر السابقة أنفسها.

(٣) في شرحه على تحفة الحكام (٢/٣٩)؛ وكذلك أبو علي المعداني في حاشيته على تحفة الحكام (٢/٣٨).

(٤) حاشيته على شرح الخرشي (٥/٥٢).

(٥) قال الحصكفي في الدر المختار (٥/١٤٢ ـ ١٤٣): «واعلم أنه لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية، وبه أفتى بعضهم مطلقاً». وقال العلاء السمرقندي في تحفة الفقهاء (٢/١٣٦): «وأصحابنا يفتون في المغبون أنه لا يرد ولكن هذا في مغبون لم يغر، أما مغبون غر فيكون له حق الرد».

وراجع رسالة التحبير لابن عابدين (٢/٧١)؛ والدر المختار مع حاشية رد المختار (٥/١٤٢).

(٦) شرح تحفة الحكام (٢/١٣٨)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٤٠).

(٧) الغاية القصوى (١/٤٧٣)؛ والروضة (٣/٤٧٠).

الذي يغبن كثيراً في تصرف معين يحجر عليه حجراً خاصاً به فحينئذٍ لا يصح تصرفه إذا وقع فيه غبن قال النووي: «لو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة، فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك النوع؟ وجهان»[(١)]: قال القاضي زكريا الأنصاري «ولا يجيزون ـ أي الشافعية ـ الرد بغبن وإن نجش كالزجاج حيث... إذا ظنها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث»[(٢)].

وجاء في حاشية الشبراملسي تعقيباً على قوله: «يظنها جوهرة...» خرج به ما لو قال له البائع: هي جوهرة فيثبت له الخيار في هذه الحالة... وإخباره هنا عن الزجاجة بمنزلة إحداث صفة تحيل للمشتري فيها ذلك، فكان كتسويد الشعر وتجعيده»[(٣)].

وذهب إلى الاتجاه الثالث الحنفية في الرأي الراجح[(٤)] والمالكية في قول[(٥)] والحنابلة[(٦)] والشافعية في وجه في تلقي الركبان[(٧)] على التفصيل الذي نذكره لكل مذهب:

قال الحصكفي: «... ويفتي بالرد ـ أي رد العقد بغبن فاحش ـ رفقاً بالناس إن غره ـ أي غر المشتري البائع أو بالعكس، أو غره الدلال فله الرد، وإلّا فلا»[(٨)]. قال ابن عابدين: «وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقاً بالناس، فعلى هذا أن القول الثالث توفيق بين الروايتين يحمل الرواية الأولى على ما إذا كان الغبن مع التغرير، والثانية على ما إذا كان بدون تغرير... وهذا التوفيق ظاهر، ووجهه ظاهر إذ الرد مطلقاً ليس أرفق بالناس، بل خلاف الأرفق لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة، والمنازعة في كثير من البيوع، إذ لم يزل أصحاب التجارة يربحون في بيوعهم الربح الوافر...

---

(١) الروضة (٤/١٨٣).

(٢) الغرر البهية شرح البهجة المرضية (١/٤٧٣).

(٣) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٤/٧٤)؛ وشرح المحلى مع القليوبي وعميرة (٢/١٨٣).

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/١٤٢)؛ والبحر الرائق (٦/١٢٥)؛ وتبيين الحقائق (٤/٧٩)؛ ورسالة التحبير في الغبن لابن عابدين (٢/٧٠ وما بعدها).

(٥) شرح تحفة الحكام (٢/١٣٨)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤٠)؛ وشرح الخرشي مع حاشية العدوي (٥/١٥٢).

(٦) يراجع: الإنصاف (٤/٣٩٤ ـ ٣٩٦)؛ والروض المربع مع حاشيته (٤/٤٣٣ ـ ٤٣٧)؛ والإفصاح ص (٣٢٤).

(٧) المهذب (١/٢٩٢)؛ والروضة (٣/٤١٣).

(٨) الدر المختار (٥/١٤٣).

والقول بعدم الرد مطلقاً خلاف الأرفق أيضاً، أما القول بالتفصيل فهو القول الوسط القاطع للشغب والشطط، وقال الزيلعي: إنه الصحيح، ومشى عليه متن التنوير، وعامة المتأخرين، وقال خير الرملي: أجمع المتأخرون من الحنفية على الرد بالغبن مع الغرور»(١).

وأما المالكية فقد فرقوا بين العقود التي تمت بين طرفين عالمين بسعر السوق بعد مساومة، وبين عقود تمت بين شخصين أحدهما جاهل بسعر السوق واستسلم له وأخبره بجهله، أو استأمنه، فالنوع الأول إذا وقع فيه الغبن فيه قولان: أي قال بعضهم بالرد، وقال بعضهم الآخر بعدم الرد ـ وأما النوع الثاني فليس فيه خلاف على طريقة القاضي عبد الوهاب من أن الخيار يثبت بالغبن قال ابن ميارة الفاسي وفي النقيصة التي لا يتغابن بمثلها طريقتان. . . . الطريقة الأولى لعبد الوهاب في «المعونة» وحاصلها أنه لا خلاف في ثبوت الخيار لغير العارف، وفي العارف قولان، وحاصل الطريقة الثانية: إن استسلم ـ أي أخبر البائع أنه غير عارف بقيمته فقال له البائع قيمته كذا فله الرد، وإن كان عالماً بالمبيع وبثمنه فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين وفيما عداهما قولان»(٢) وقد استخلص ابن جزي المالكي ذلك بقوله: «هو ـ أي الغبن ـ ثلاثة أنواع:

الأول: غبن لا يقام به ـ أي لا يفسخ به ـ وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة(٣).

الثاني: غبن يقام به قل أو كثر وهو الغبن في بيع الاسترسال واستلام المشتري للبائع.

الثالث: اختلف فيه وهو ما عدا ذلك، وعلى القول بالقيام به فيقوم المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً إذا كان مقدار الثلث فأكثر وقيل: لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد ـ

---

(١) رسالة التحبير في الغبن لابن عابدين (٢/٦٩، ٧٩ ـ ٨٠).

(٢) شرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/٣٩). وزاد العلامة العدوي فذكر الطريقة الثالثة وأسندها إلى صاحب المقدمات، وهي أن البيع إن وقع على جهة الاسترسال والاستئمان وجب القيام بالغبن، وإن وقع على وجه المكايسة فلا قيام له بالاتفاق.

انظر: حاشية العدوى على شرح الخرشي (٥/١٥٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤١).

(٣) هذا القول تقرب منه النظرية الشخصية للغبن من حيث الأثر في القانون الوضعي، مع الفارق أن المالكية وإن لم يرتبوا على الغبن هذا أي أثر لكنهم سموه بالغبن باعتبار قيمته المادية لكن الفقه الوضعي لا يسمي مثل هذا غبناً ما دام الشخص في نظره ليس مغبوناً ـ كما سبق ـ.

أي العادات ـ فما علم أنه غبن فللمغبون الخيار»[1].

وقال المرداوي الحنبلي: «ويثبت خيار الغبن في ثلاث صور:

إحداها: إذا تلقى الركبان فاشتري منهم، أو باع لهم فلهم الخيار إذا هبطوا السوق، وعلموا أنهم قد غبنوا، هذا هو المذهب وعليه الأصحاب[2].

الثانية: النجش. . . ـ أي عند تحقق الغبن على المذهب ـ.

الثالثة: المسترسل. . . ـ «إذا غبن على الصحيح في المذهب وعليه الأصحاب»[3]. ولا يخفي أن الخيار في هذه الصور الثلاث لم ينفرد به الحنابلة ـ كما سبق في التدليس ـ وأكثر من ذلك فقد أثبت بعض الحنابلة الخيار في كل غبن جاء نتيجة التغرير قال المرداوي: «يحرم تغرير مشترٍ بأن يسومه كثيراً ليبذل قريباً منه. . . قال الشيخ تقي الدين وإن دلس مستأجر على مؤجر وغيره حتى استأجره بدون القيمة فله أجرة المثل، وفي مفردات ابن عقيل: «وأنه كالغش والتدليس سواء»[4]. كما أنهم قالوا: إذا قال العاقد عند عقده: «لا خلابة» يثبت له الخيار إذا خدعه أو غبنه، لكن قال بعضهم: لا خيار له إلا إذا كان صاحبه فيه ضعف في عقله[5]. وقد اشترط الحنابلة في تأثير الغبن كون المغبون جاهلاً بالقيمة[6].

وأما الشافعية فقد أثبتوا الخيار في وجه بالغبن بالنسبة لتلقي الركبان، ولم يقيدوه بالغبن في الوجه الثاني[7].

قال الشيرازي: «ويحرم تلقي الركبان. . . ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل. . . فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار. . .»[8]. وقال الرافعي والنووي:

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٣٠).

(٢) خلاف المذهب هو رواية عن أحمد تقول: إن لهم الخيار وإن لم يغبنوا. فعلى هذا يخرج عن موضوعنا.

انظر: الإنصاف (٤/٣٩٤).

(٣) الإنصاف (٤/٣٩٤).

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) المصدر السابق (٤/٣٩٨).

(٦) راجع في تفصيل هذه المسألة: الروض المربع (٤/٤٣٣)؛ والإنصاف (٤/٣٩٤)؛ وكشاف القناع (٣/٢١١) والإفصاح ص (٣٢٤).

(٧) المهذب (١/٢٩٢)؛ والروضة (٣/٤١٣).

(٨) المهذب (١/٢٩٢).

«وبعده ـ أي بعد دخولهم البلد ـ يثبت لهم الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد سواء أخبر كاذباً أم لم يخبر. . . وحيث أثبتنا الخيار في هذه الصور فهو على الفور على الأصح والثاني: يمتد ثلاثة أيام»(١).

ونقل الشوكاني عن المنصور بالله، والإمام يحيى ـ من أئمة الزيدية ـ «أنه يثبت الرد بالغبن لمن لم يعرف قيمة السلع، وقيده بعضهم بكون الغبن فاحشاً»(٢)، وكذلك الأمر عند الإمامية فقال محمد ابن الحسن الحلي: «المغبون يثبت له الخيار بشرطين: عدم العلم بالقيمة وقت العقد، والزيادة، والنقيصة الفاحشة التي لا يتغابن بمثلها وقت العقد»(٣).

الخلاصة مع الأدلة والمناقشة والترجيح

تبين لنا من خلال هذا العرض السابق أن أكثرية الفقهاء قالوا: إن الغبن يوجب الخيار إذا كان نتيجة تغرير، كما أن جماعة منهم قد قال بأن الغبن بوحده سبب كافٍ لإثبات الخيار ما دام المغبون لا يعرف بأحوال السوق، أو كان جاهلاً بقيمة المعقود عليه، والغبن، وبعضهم لم يشترط حتى هذا الشرط، في حين رفض فريق منهم أثر الغبن مطلقاً.

استدل الرافضون لتأثير الغبن في العقود بأن العقد الذي وجد فيه الغبن قد تحقق فيه شروطه وأركانه، لأن عدم الغبن ليس ركناً ولا شرطاً هذا أولاً: وأما ثانياً فإن التجارة مبنية على الربح والخسارة ولو سد هذا الباب، ومنع التغابن لأدى ذلك إلى جمود التعامل وثالثاً: فإن فتح هذا الباب ليؤدي إلى كثرة الفوضى والاضطراب في سوق التعامل، وقلقلة التعاقد وعدم استقراره، ورابعاً فإن المغبون هو المسؤول عن غبنه، حيث قصر في الإسراع بالتعاقد دون ترو ومشورة أحد أو الإطلاع على أحوال السوق، ولذلك يجب أن يتحمل جزاء ما أقدم عليه، ثم إن السوق خير محك للتجارة، فإذا غبن مرة ولم يعط له الخيار فقد أخذ درساً عملياً قاسياً يكفيه لكبح جماح نفسه للمستقبل فلا تسول لـه نفسه أن يتسرع مرة أخرى، إذن فليس من مصلحة استقرار التعامل أن يعطى لكل مغبون، كما أنه ليس من الرفق بالناس ـ كما قال ابن عابدين ـ

---

(١) الروضة (٤١٣/٣).

(٢) نيل الأوطار (٣٣٠/٦).

(٣) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ص (٤٨٤).

إذ يؤدي إلى عدم اطمئنانهم على التعاقد وكثرة المنازعة والمخاصمة في كثير من البيوع، وإشغال ساحة القضاء بمثل هذه الأمور[1]، وخامساً أنه ورد في الصحيح أن ابن عمر غبن عثمان رضي الله عنهما ومع ذلك لم يفسخ عثمان العقد ـ كما سبق ـ.

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بأنها غير مسلمة، أما الأول فالغبن يؤثر في الرضا وهو شرط، أو ركن في عقود المعاوضات، فإذا اختل رضاه فقد اختل شرط العقد، وذلك لأن المغبون لم يكن رضاه متنوراً وإلاّ لما يعقل أن يتعاقد بغبن فاحش، ولذلك لو أقدم عليه وهو عالم بالغبن لكنه رضي به فلا خلاف في صحة العقد ولزومه.

وأما الثاني فغير مسلم، لأن التجارة مبنية على الربح والخسارة المحتملين، أو بعبارة أخرى فهما مسموحان بقدر ما يقضي به عرف التجارة أو مما يتغابن فيه عموماً، أما إذا تجاوز ذلك وبلغ حداً جسيماً فهذا أكل لأموال الناس بالباطل تحت ظروف قوة أحد العاقدين وشدة حيلته ودهائه في الإقناع، أو ضعف المغبون وحاجته، وعدم إدراكه وخبرته ثم انه ليس في سده جمود للتعامل وذلك لأن الإسلام يدعو إلى التعامل النظيف، فليتعود الناس على أن لا يظلم أحد منهم غيره.

وأما الثالث فلا نسلمه أيضاً وذلك لأن الفوضى في التعامل إنما تحدث إذا لم نضع معياراً للغبن وقلنا بأنه مطلقاً يؤدي إلى الخيار أما إذا وضعناه وحددناه بالغبن الفاحش فلا تحدث الفوضى ولا القلقة فيه.

وأما رابعاً فلو سلمنا أن المغبون مقصر فلا نسلم أن الشرع يسلم بتقصيره ويعطي المجال لغيره ليأكل أمواله بالباطل، فالشريعة تحمي المتعاقد الضعيف كما تحمي المتعاقد القوي، وحل أموال الناس ليس مرتباً على تقصير أحد، وإنما مبني على الرضا التام بنص الآية الكريمة ثم إن الخوف من اشغال ساحة القضاء بحالات الغبن ليس بمعتبر فالقضاء وجد لرفع الظلم والحيف عن الناس، كما أن ذلك إنما يحدث إذا لم يكن للغبن معيار محدد معقول، كما أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي.

وأما خامساً فهو أن الأثر ليس فيه دليل على أن الغبن الفاحش لا يرد به البيع، فالأثر ـ كما سبق ـ ليس فيه أكثر من أن ابن عمر قد أخذ أرضاً أقرب إلى المدينة في مقابل أرض أبعد منها وعد ذلك غبناً وليس فيه دليل على أن عثمان كان قد اعتبر ذلك غبناً، بل ربما كان له رغبة في أرض أبعد عنها لغرض خاص ولو سلم كل ذلك فإن عثمان كان يعلم ببعد أرض ابن عمر عن المدينة مع أنه قد قبلها، فما دام عالماً به لا

---

(١) رسالة التحبير لابن عابدين (٢/ ٧٩ ـ ٨٠).

يكون غبناً محرماً، أو غبناً فاحشاً كما أن مذهب ابن عمر هو الرد بالغبن[1]، إذن لم يكن مراده الغبن المحرم.

وأما القائلون بأثر الغبن في العقود فقد استدلوا بالكتاب والسنّة والأثار:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ يا أَيُّها الذينَ آمَنوا لا تَأكُلُوا أموالَكم بينَكم بالباطلِ إلَّا أَنْ تَكونَ تجارةً عن تراضٍ مِنْكم ﴾[2].

وجه الاستدلال بهذه الآية أن المغبون لا يرضى بالغبن، فلو رضي به خرج عن الخلاف، إذن فالعاقد المستفيد قد أكل جزءاً من أموال المغبون بدون رضاه فيكون مردوداً عليه.

وأما السنّة فقد وردت في ذلك أحاديث كثيرة منها:

١ ـ قوله ﷺ: «لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»[3]. وفي رواية أخرى: «لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس، ولا تظلموا»[4]. ولا شك أن المغبون الذي لم يعلم بالغبن لم تطب نفسه به،ولهذا قال الفقهاء: الغبن محرم[5].

٢ ـ وقوله ﷺ: «من استرسل إلى مؤمن فغبنه كان غبنه ذلك رباً»[6]. وفي رواية: «غبن المسترسل رباً»[7]. والمسترسل هو الجاهل بالقيمة، فإذا كان غبنه رباً فلا بدّ أن يوجب الرد، لأن الربا محرم مردود.

٣ ـ وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[8]، ولا شك أن الغبن ضرر وظلم يجب أن يزال ولا يتحقق ذلك إلا بإثبات الخيار.

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٤٥٤).

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) الحديث رواه البيقي بطرق كثيرة في السنن الكبرى (٦/٩٧).

(٤) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/٩٧).

(٥) سبق تفصيل ذلك في أول هذا المبحث. وراجع الروض المربع مع حاشيته (٤/٤٣٧).

(٦)، (٧) رواهما البيهقي بعدة طرق فطعن بعضها وسكت عن بعضها، فلهذا يمكن أن ينهض حديث: «غبن المسترسل ربا» حجة، لأن كثرة طرقه قد يشد بعضها بعضاً.
انظر السنّن الكبرى للبيهقي (٥/٣٤٨ ـ ٣٤٩).

(٨) رواه ابن ماجه في سننة، كتاب الأحكام (٢/٧٨٤)؛ ومالك في الموطأ، كتاب الأقضية ص (٤٦٤)؛ وأحمد في مسنده (١/٣١٣، ٥/٣٢٧).

وأما الآثار فقد ثبت أن السلف الصالح ما كانوا يقبلون وقوع الغبن الفاحش عليهم، أو لهم، وكانوا يحذرون منه أشد التحذير ويعتبرونه من الظلم وأكل أموال الناس بالباطل فقد روى ابن حزم بسنده عن محمد ابن سيرين: أن رجلاً قدم المدينة بجواري فنزل على ابن عمر فذكر الحديث وفيه أنه باع جارية من ابن جعفر، ثم جاء الرجل إلى ابن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن غبنت بسبعمائة درهم، فأتى ابن عمر إلى عبد الله بن جعفر فقال أنه غبن بسبعمائة درهم فإما أن تعطيها إياه وإما أن ترد عليه بيعه؟ فقال ابن جعفر: بل نعطيها إياه، فهذا ابن جعفر وابن عمر قد رأيا رد البيع من الغبن في القيمة[1]، كما روى عن طريق عبد الرزاق بسنده أن جرير بن عبد الله البجلي ساوم رجلاً بفرس فسامه، فسامه الرجل خمسمائة درهم إن رأيت ذلك؟ فقال له جرير: فرسك خير من ذلك، ولك ستمائة حتى بلغ ثمانمائة وهو يقول: إن رأيت ذلك، ولا أزيدك فقال له الرجل: خذها؟ فقيل له: ما منعك أن تأخذها بخمسمائة؟ فقال جرير: لأنا بايعنا رسول الله ﷺ على أن لا نغشّ أحداً»[2]. وروى بإسناد صحيح عن طريق سفيان بن عيينة عن بشر بن عصام الثقفي سمع معبد ابن المسيب يحدث عن أبي بن كعب أن عمر بن الخطاب، والعباس بن عبد المطلب تحاكما إليه في دار كانت للعباس إلى جانب المسجد أراد عمر أخذها ليزيدها في المسجد، وأبى العباس، فقال أبي بن كعب لهما لما أمر سليمان ببناء بيت المقدس كانت أرضه لرجل اشتراها سليمان منه فلما اشتراها قال له الرجل: الذي أخذت مني خير أم الذي أعطيتني؟ قال سليمان «بل الذي أخذت منك. قال: فإني لا أجيز البيع فرده، فزاده، ثم سأله؟ فأخبره، فأبى أن يجيزه، فلم يزل يزيده ويشتري منه فيسأله، فيخبره، فلا يجيز البيع حتى اشتراها منه بحكمه على أن لا يسأله، فاحتكم شيئاً كثيراً، فتعاظمه سليمان، فأوحى الله إليه: «إن كنت إنما تعطيه من عندك فلا تعطه، وإن كنت إنما تعطيه من رزقنا فأعطه حتى يرضى بها». فقضى بها للعباس»[3]. قال ابن حزم: «فهذا أبي يورد هذا على سبيل الحكم به بحضرة عمر بن الخطاب، والعباس رضي الله عنهم فيصوبان قوله فهؤلاء عمر وابنه والعباس وعبد الله ابن جعفر وأبي وجرير ولا مخالف لهم من الصحابة رضي الله عنهم يرون رد البيع من الخديعة في نقصان الثمن عن قيمة المبيع»[4].

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٤٥٤).

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المحلى (٩/٢٩٩، ٤٥٥).

(٤) المحلى (٩/٤٥٥).

وأما القائلون بأثر الغبن مع التغرير فقالوا إن المعاملات لا تخلو عن غبن في العادة، مع أنها كانت جارية ومقبولة على مر العصور، وأيضاً فقد سمع الرسول ﷺ قول المنقذ: إنه يغبن في البياعات ـ كما سبق[1] ـ، ومع ذلك لم يحكم على عقوده السابقة بالخيار بل أرشده إلى أن يقول: «لا خلابة» أي لا خدعة، ولم يقل له: «قل: لا غبن» مما يدل على أن الأثر للخديعة والتغرير وليس للغبن.

ويمكن أن نناقش هذا بأن قولكم: «وإن المعاملات لا تخلو عن غبن» غير مسلم على إطلاقه، ولو سلم فلا بدّ أن تحمل على الغبن اليسير الذي يحتمل فيها، والذي لا يعتبر غبناً فاحشاً في عرف التجار، بدليل أن كثيراً من الصحابة قد ردوا العقود بالغبن ـ كما سبق ـ وأما الحديث فليس فيه دليل على دعواهم في نظرنا، وذلك لأنه ليس في رواياته ما يشير إلى أن المنقذ جاء للحكم على عقوده السابقة بالصحة واللزوم أم بغيرهما، وإنما جاء هو، أو جاء به أهله حتى يحكم فيه النبي ﷺ بالحجر أو يرشده إلى شيء ينقذه مما هو فيه، فأرشده إلى أن يقول ذلك، ثم إن الخلابة تشمل الغبن المجرد بدليل أنه إذاوقع في عقده غبن كان له الحق في الخيار كما ثبت ذلك في روايات الحديث ـ كما سبق ـ، فقد كان الرجل يغبن وجاء العلاج لغبنه، فعلى هذا فإرشاده ﷺ إياه بهذه الجملة وإعطاؤه الخيار إياه إذا قالها لدليل واضح على أنها شاملة للغبن أيضاً، وبعبارة أخرى أن الغبن المجرد وحده دليل مادي على وقوع الخديعة في العقد، وذلك لأن من واجب المسلم عند التعاقد أن يبين كل ما يتعلق بالمعقود عليه، وأن ينصح أخاه بأمانة وصدق، فإذا باعه شيئاً لا يساوي درهماً بدينار، والعاقد الآخر لا يعلم ذلك فقد غشه قال ابن حزم: «ولا يمتري أحد أن بيع المرأ بأكثر مما يساوي ما باع ممن لا يدري ذلك: خديعة للمشتري، وأن بيع المرأ بأقل مما يساوي ما باع وهو لا يدري ذلك خديعة للبائع، والخديعة حرام»[2].

والذي يظهر لنا رجحانه أن الغبن الذي خرج عن العرف والعادة يؤثر في العقود، والمعتبر في ذلك وقت التعاقد، وذلك لأن الغبن ظلم وضرر وهما مرفوعان في الإسلام ـ كما سبق ـ، ولأن أدلة القائلين بأثر الغبن قوية تنهض حجة على دعواهم في حين أن أدلة غيرهم لم تستطع أن تقف أمام معاول المناقشة.

فعلى هذا فالغبن الفاحش الذي جهل به المغبون موجب للخيـار مطلقاً سواء

---

(١) أنظر ص (٨٣٥) من هذه الرسالة.

(٢) المحلى (٩/٤٥٣).

صاحبه تغرير أم لا، بل إن بعض الفقهاء[1] جعل الغبن بوحده دلالة على تحقق التغرير، وأياً ما كان، فالجانب المادي حينئذٍ هو الغبن الذي يقع في متناول القضاء فيحكم عليه، وذلك لأن مبنى أحكامه على الظاهر، دون الكشف عن الخفايا التي تجهد القاضي ولا يمكن أن يصل إليها إلا بشق الأنفس، ولكن إذا عمقنا النظر نجد أن هناك خلافاً بيِّنا بين الغبن، والتغرير، فهما يختلفان مفهوماً فكل واحد منهما له معناه الخاص، فالغبن هو النقص وعدم التساوي، في حين أن التغرير هو الغش والخديعة، ولئن كان هناك نوع من التلازم بينهما لكن ذلك لا يصل إلى حد القول بوحدة مفهوميهما، نعم إن الغبن في الغالب إنما يقع إذا استعمل الطرف الآخر وسائل الكيد والحيلة لإيقاع الآخر في غبن، أو يستغل ضعفه، وعدم إدراكه خبرته لكنه مع ذلك فقد يتحقق الغبن دون التغرير كما في حالة عدم وجود أي وسيلة للخديعة، كما يتحقق التغرير بدون غبن كما في حالة التصرية التي لم يقع فيها غبن، ونحن هنا لا نعني نفي التغرير عن العقد الذي وقع فيه الغبن، وإنما نريد أن نقول: إن الغبن الفاحش إذا تحقق يكفي لتعييب العقد والحكم عليه بعدم اللزوم دون البحث عن الجانب النفسي بل إن بعض الفقهاء قد صرحوا بأن علة الفساد في كثير من البيوع المنهي عنها تعود إلى وجود الغبن قال ابن رشد: «وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه...»[2]، وبعد إعطاء الأولوية للغبن إذا اجتمع مع التغرير أو لم يجتمع، لا يهتم كثيراً بالتكييف الفقهي على أساس أن الغبن وحده مظهر من مظاهر الخديعة والتغرير أو باعتبار أن الغرض من الغش هو الوصول إلى الربح، فيكون الغبن أثراً من آثاره.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن مبنى العقود في الفقه الإسلامي على التساوي بقدر الإمكان[3]، وأن العدل مطلوب في كل شيء، فكم من آيات في القرآن الكريم تأمر بالعدل في كل شيء، والقسط في الميزان قال تعالى: ﴿وزِنُوا بِالقِسْطَاسِ المُسْتَقيم﴾[4]، وليس معنى القسط ـ أي العدل ـ هو التوازن في الميزان الذي يوزن به المعقود عليه فحسب وإنما المراد الوزن بالميزان الصحيح المستقيم في كل شيء بما فيه الثمن والمثمن، فإذا كان العدل مطلوباً في الميزان عند البيع والشراء وأن التطفيف

(١) المرجع السابق (٩/٤٥٣ ـ ٤٥٤).

(٢) بداية المجتهد (٢/١٤٨).

(٣) الغاية القصوى (١/٤٩٠).

(٤) سورة الإسراء: الآية ٣٥.

فيهما محرم مردود بقوله تعالى: ﴿ وَيلٌ للمطففين الذين إذا إكْتَالُوا على الناسِ يَسْتَوْفون وإذا كَالُوهم أو وَزَنُوهم يُخْسِرُون ﴾[1]، فكيف لا يكون الغبن الفاحش الذي هو عدم التعادل بين الثمن والمثمن محرماً مردوداً.

ومن جهة أخرى أن القائلين بعدم تأثير الغبن إلا مع التغرير لم يستطيعوا السير على هذه النظرية كقاعدة عامة دون اللجوء إلى عدة استثناءات، فالحنفية وكثير ممن معهم أثبتوا الخيار للغبن المجرد في ثلاث حالات وهي ما إذا وقع الغبن في العقود على أموال القاصر، والوقف وبيت المال ـ كما سبق ـ كما أن الحنفية أثبتوا الخيار بمجرد الغبن حتى وإن كان يسيراً في عشر مسائل ـ كما سبق ـ وحتى القوانين الحديثة أثبتوا الخيار للغبن المجرد في بعض العقود استثناء من الاستغلال كما في القانون المصري[2] ـ، أو من الغبن والتغرير ـ كما في القانون العراقي[3] ـ، فهذا كله دليل على تزعزع الفكرة وعدم استقرارها، وإلا فإن حماية الأموال واجبة سواء كانت للضعيف أم لغيره.

وأيضاً إن الفقهاء اتفقوا[4] على إثبات خيار العيب مع أنهم قد فسروا العيب بكل ما هو نقص في القيمة في عرف التجار، والغبن هو نقص حقيقي في القيمة، أو نقص الثمن عن قيمة المثمن، إذن قياس الغبن على العيب في إثبات الخيار قياس مساوٍ إن لم يكن قياساً مع الأولى.

وبهذا نصل إلى أن الغبن بوحده يؤثر في لزوم العقد دون الحاجة إلى التغرير، ولا ننكر أثر التغرير كعيب مستقل في بعض العقود ـ كما سبق في التدليس ـ فعلى هذا فالغبن مطلقاً يؤثر في عقود الأمانات، كما أنه يؤثر في جميع العقود إذا خرج عن عادة التجار فيجعلها غير لازمة، فيكون للمغبون الحق في فسخها أو إمضائها، كما له الحق في مطالبة العاقد المستفيد بإكمال القيمة ورفع الغبن، أو فسخ العقد، ولا يشترط في ذلك أكثر من أن المغبون لم يعلم بالغبن أثناء العقد إذ لو علم به ثم أقدم على العقد

---

(١) سورة المطففين: الآية ١ ـ ٣.

(٢) حيث نصت المادة (١٣٠ مم) على استثناء بعض العقود عن حكم الاستغلال، وراجع ص (٧٠٦) من هذه الرسالة.

(٣) حيث نصت المادة (٢/١٥٤) على أن الغبن الفاحش في أموال المحجور عليه، والدولة، والوقف يجعل العقد باطلاً.

(٤) راجع فيما سبق ص (٧٠٦).

فإنه دليل على رضاه به، ومدة الخيار سنة عنـد المالكية من تاريخ معرفته بالغبن(١). وعند جماعة منهم الشافعية هي على الفور(٢)، وعند فريق ثالث هي ثلاثة أيام قياساً على التصرية(٣). وأرى أن الراجح هو أن تحدد مدة الخيار بثلاثة أيام من تاريخ علمه بالغبن، قياساً على التصرية بحيث إذا علم به فليشهد على فسخه، ثم يرجع إلى العاقد المستفيد في خلال الأيام الثلاثة إن كان قريباً وإلا فيكفي الإشهاد عليه فيطلب منه إكمال القيمة أو فسخ العقد فإن لم يستجب يرفع الأمر إلى القضاء في مدة لا تتجاوز السنة وفي هذا حفاظ على استقرار التعامل، وحتى لا يبقى العقد معلقاً فترة أطول، كما أن فيه رعاية حق المغبون هذا إذا كان المغبون كامل الأهلية أما إذا كان ناقصها فإن مدة الخيار تمتد سنة بعد اكتمال أهليتهم حماية لهم حيث إن هؤلاء ليس لديهم الخبرة الكافية للإسراع بالحكم فتعطي لهم المدة الكافية. هذا والله تعالى أعلم بالصواب.

الغصن الثاني

الاستغلال في الفقه الإسلامي

سبق أن قلنا: إن الاستغلال في التشريعات الحديثة يتكون من عنصرين: مادي هو الغبن، ونفسي يتكون من نية التضليل والاستغلال في الغابن، والطيش البين أو الهوى الجامح في المغبون في القانون المصري، وأضاف إليهما القانون العراقي، الحاجة، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك، ولم يعرف القانون الروماني هذه النظرية، كما لم يعتد بالغبن كقاعدة عامة وكذلك القانون الفرنسي لم يعرف نظرية الاستغلال كنظرية متكاملة وإنما اعتد بالغبن في بعض العقود، وكذلك القانون الإنجليزي لكن عالج بعض مسائلها تحت اصطلاح النفوذ غير الواجب. وأما الفقه الإسلامي فلم يشتهر فيه هذا المصطلح، ولا ضير في كل ذلك، لأن لكل فقه منهجه الخاص، وأسلوبه في كيفية معالجة القضايا. غير أن الفقه الإسلامي قد عالج آثار هذه النظرية، ومسائلها من خلال اتجاهاته في معالجة الغبن التي ذكرناها، فعلى ضوء الاتجـاه الأول للفقه الإسـلامي ـ وهو الاعتداد بالغبن مطلقاً ـ وهو كما رأينا مذهب جماعة كثيرة من الفقهاء وهو المختار ـ قد عالج جميع مسائل الاستغلال بأن للمستغل ـ بفتح الغين ـ الخيار بين

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ١٤٠)؛ وشرح تحفة الأحكام (٢/ ٣٨).

(٢) الروضة (٣/ ٤١٣).

(٣) وعليه وجه للشافعية انظر: الروضة (٣/ ٤١٣).

الفسخ أو إكمال النقص، وذلك لأن الغبن الفاحش ما دام وحـده كافياً في إثبات الخيار، وأن الاستغلال في الفقه الوضعي لا يتحقق ألا مع وجود الغبن الفادح فإن نظرية الاستغلال تبقى دون أثر بل ودون تطبيق.

وأما على ضوء الاتجاه الثاني ـ وهو عدم الاعتداد بالغبن ـ فتكون معالجته لآثار الاستغلال سلبية ـ فلا يكون للاستغلال أثر إلا في حالات تطبيقات التدليس على التفصيل السابق.

وأما على ضوء الاتجاه الثالث ـ وهو الاعتداد بالغبن إذا صاحبه تغرير وهو ما عليه جماعة من الفقهاء ـ فيكاد تتقارب منه معالجة التشريعات الحديثة من حيث الآثار حيث على ضوئه لا يعتد بالغبن بوحده إلا إذا صاحبه تغرير، لكن التغرير لا يشمل بعض حالات الاستغلال مثل ما إذا استغل العاقد المستفيد حاجته ـ على ضوء القانون العراقي ـ دون أن تصحبه طرق احتيالية، ولذلك فقد عالج الفقه بقية مسائل الاستغلال من خلال نظريات أخرى مكملة كنظرية الاضطرار، والاسترسال، والاستئمان ونحوها، قال العلاّمة الحموي الحنفي: «خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل، والوصي، وفي صورة تغرير البائع المشتري بأن كان المشتري غبياً لا يعرف فقال البائع: اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه، فاشتراه مغتراً بقوله فله خيار الغبن»[(١)].

وأذا عدنا إلى الجانب التطبيقي في الفقه الإسلامي لعنصري الاستغلال فيكون كالآتي:

إن الجانب المادي من الاستغلال ـ وهو الغبن ـ فقد عولج من خلال الاتجاه الأول، والثالث من اتجاهات الفقه في الغبن السابقة.

وأما الجانب المعنوي لنظرية الاستغلال فنرى أن الأولى أن نعرض معالجة الفقه الإسلامي للعناصر الخمسة للعنصر المعنوي ـ أو النفسي ـ في القانونين المصري والعراقي فيما يأتي:

١ ـ الطيش البين، وقد فسره الفقه الوضعي ـ كما سبق ـ بالتسرع وعدم التفكر في عواقب الأمور كالشاب الذي ورث فجأة أموالاً كثيرة فانغمس في إشباع حاجته فاستغله المرابي أو غيره فيشتري منه بغبن فاحش، أو يبيعه به، فالحل في الفقه الإسلامي يكمن في الاتجاه الأول من إتجاهات الغبن السابقة القائل بأن الغبن موجب

---

(١) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٩٥/٢).

للخيار مطلقاً. وبالإضافة إلى هذه المعالجة فإن له تكييفات فقهية أخرى، فالعقد الذي أبرمه المرابي مع الشاب إذا استعمل طرقاً احتيالية فتكون معالجته على ضوء الاتجاه الثالث أيضاً من اتجاهات الغبن السابقة ثم هذا الشاب إن ثبت أنه يصرفه في ملذاته وشهواته المحرمة يحجر عليه ـ كما سبق ـ ولا سيما فإن مذهب الشافعي والظاهرية وغيرهما مـرتع خصب في معالجة هؤلاء حيث يرون الرشد صلاح المال مع الدين، فعلى هذا فالمبذر ماله بدون فائدة، والمنغمس في المـلذات والشهوات سفيه يحجر عليه ـ أما إذا لم يكن مصلحاً لماله فيكون محجوراً عليه عند الجمهور ـ كما سبق[1].

٢ ـ الهوى الجامح، وقد فسره الفقه الوضعي ـ كما سبق ـ بميل النفس ورغبتها الملحة كاستغلال زوجة شابة هوى زوجها المسن الواقع في حبها، فيتنازل لها عن مـمتلكاته أو بعضها، أو يتعاقد معها بغبن فاحش، فهذه المسألة تعالج في الفقه الإسلامي على ضوء الاتجاه القائل بأثر الغبن مطلقاً، وأما عقوده التي ليس فيها غبن كتبرعاته لها فهذه إن خليت عن التغرير، وكان الرجل عاقلاً غير مريض مرض الموت ولا مدين ديناً مستغرقاً صحت، وإلا فتعالج على السفه أو إكراه أدبي، أو نحو ذلك.

٣ ـ الحاجة بأن يستغل العاقد حاجة الآخر كأن يحتاج إلى دواء معين لا يوجد إلا في صيدلية معينة ـ مثلاً كما سبق ـ فالحل في الفقه الإسلامي عند الاتجاه االأول القائل بأثر الغبن مطلقاً واضح جداً، كما أن لها حلاً آخر أيضاً على ضوء نظرية الاضطرار حيث إن بيع المضطر وشراءه فاسدان عند جماعة من الفقهاء ولا سيما عند الحنفية، والمالكية حيث إن تطبيقاتها قريبة جداً عما ذكر هنا، فقد روى أحمد وغيره أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضطر[2]. وقال الحصكفي الحنفي «بيع المضطر وشراؤه فاسد»[3]. وفسره ابن عابدين بأنه العاقد الذي يضطر إلى طعام، أو شراب، أو لباس، أو غيرها، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير، هذا في شراء المضطر وكذلك بيعه بأن اضطر إلى بيع شيء من ماله ولم يرض المشتري بشرائه إلا بغبن فاحش، كما أورد مثالاً آخر، وهو أن يلزم القاضي رجلاً يبيع ماله لإيفاء دينه، فاشترى منه رجل بغبن فاحش فله الخيار[4].

---

(١) راجع ص(٣١٧) من هذه الرسالة.

(٢) مسند أحمد (١/١١٦).

(٣) الدر المختار (٥/٥٩).

(٤) حاشية ابن عابدين بتصرف يقتضيه المقام (٥/٥٩).

وراجع: تفصيل ذلك في مبحث الإكراه ص (٤١٠) من هذه الرسالة.

٤ ـ عدم الخبرة فقد فسره الفقه الوضعي بمن لم يكن له أي خبرة بخصوص الشيء الذي يروم شراءه كمن يريد شراء سيارة فيذهب إلى معرض السيارات فيستغل صاحب المعرض عدم خبرته فيعطيه سيارة بغبن فاحش. فالحل في الفقه الإسلامي عند الاتجاه الأول واضح جداً حيث يكون للمغبون الخيار، وعلى ضوء الاتجاه الثالث لا يثبت به الخيار إلا إذا صاحبه تغرير، وهو ممكن تحقيقه في المسألة السابقة، لأنها لا تخلو عن إيهام، وطرق احتيالية. وبالإضافة إلى ذلك فإن الفقه الإسلامي قد عالج هذا الموضوع من أساسه وهو أنه من واجب الولي، أو الوصي أن لا يعطي الأموال إلى اليتيم بعد البلوغ إلا بعد الاختبار والامتحان. وبالإضافة إلى هذه الحلول فإن فقه الإمامين: مالك وأحمد قد عالج هذه المسألة ـ أي عدم الخبرة ـ من خلال نظرية الاسترسال والاستئمان، حيث أثبتا الخيار لمن كان جاهلاً بسعر السوق ـ كما سبق ـ.

٥ ـ ضعف الإدراك، أي بحيث يكون الشخص غير قادر على تمييز الجيد من الرديء فيستغل شخص آخر هذا النقص فيه ويبرم معه عقداً يغبنه فيه غبناً فاحشاً[١] ـ كما سبق.

فالحل في الفقه الإسلامي على ضوء الاتجاه الأول واضح حيث للطرف المغبون الخيار، وبالإضافة إلى هذا فإن ضعف هذا الشخص إن وصل إلى فقد التمييز فيكون محجوراً عليه فتكون تصرفاته غير مقبولة بالغبن ـ كما سبق ـ وأكثر من ذلك فقد وجد الفقه الإسلامي حلاً ناجحاً لمثل هذه الحالات تحت تسمية تصرفات ذي الغفلة يتمثل في أن له الخيار مطلقاً إذا قال: «لا خلابة»، وإن سند هذا الحل ليس الاجتهاد فحسب بل حديث صحيح ورد في حادثة وقعت في عصر الرسول ﷺ وهي حادثة الصحابي المنقذ ـ كما سبق ـ حيث قال الكثيرون: إن الخيار يثبت لكل من كان مثله في ضعف الإدراك والرأي. . .[٢].

وبهذا العرض تبين لنا كيفية معالجة الفقه الإسلامي مسائل الاستغلال من خلال نظرية الغبن، ونظريات أخرى، كما تبين لنا أن نظرية الغبن الموجودة لدى جانب كبير في الفقه الإسلامي تغني عن الاستغلال، فهي معيار موضوعي مرن، حيث يعاد تقدير الغبن فيها إلى العرف والعادة، كما أنها معيار منضبط معلوم حيث يتبين بسهولة من موازنة بين الثمن والمثمن أو من خلال الالتجاء إلى العرف السائد في تقدير الغبن.

---

(١) وراجع د. الحكيم، المصدر السابق (١/ ١٦٠).

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٧)؛ ونيل الأوطار (٦/ ٣٣٠).

مدى أثر الغبن والاستغلال في الرضا (موازنة وتحليل)

لا بد من خاتمة هذا المطلب أن نستعرض مواقف الشريعة، والقوانين ذات العلاقة ببحثنا ـ وهي القانون الروماني، والقانون المدني المصري، والفرنسي، والإنجليزي، والعراقي، حول مدى اعتبار الغبن والاستغلال عيباً في الرضا.

أولاً: القانون الروماني لم يعتد بالغبن كقاعدة عامة، ولم يعرف نظرية الاستغلال ـ كما سبق.

ثانياً: القانون الفرنسي أيضاً لم يقر نظرية الاستغلال، ولم يعتد بالغبن إلا استثناء كما في بيع العقار، والقسمة ـ كما سبق ـ وحتى في حالة الاعتداد بالغبن لم ينظر إلى الغبن نظرة باعتباره المعنوي والنفسي، أو باعتبار القيمة الشخصية، بل ظل ينظر إليه نظرة مادية حيث حدده بنسبة معينة $\frac{7}{12}$ مثلاً. فلذلك لا مجال للكلام عن الاستغلال في القانون الفرنسي إطلاقاً، ولا مجال للغبن فيه باعتباره عيباً في الرضا، وإنما هو عيب في التعاقد عموماً تفرضه العدالة، أو النظرة الخاصة لمشرعي القانون إلى العقارات، ولذلك يبحث الفقه الفرنسي موضوع الغبن عند كلامه على المعقود عليه[1].

ثالثاً: القانون الإنجليزي أيضاً لم يعرف نظرية الغبن والاستغلال كنظرية متكاملة، وإنما عالج مسائلها تحت مصطلح النفوذ غير الواجب ـ كما سبق ـ.

رابعاً: القانون المصري الذي جعل الاتسغلال عيباً في الرضا[2]، لكنه مع ذلك يختلف جزاؤه عن جزاء بقية العيوب: التدليس والغلط والإكراه ـ حيث جعل جزاء الاستغلال: البطلان النسبي، أو إنقاص التزامات هذا المتعاقد (١٢٩ م م) في حين أن جزاء بقية العيوب القابلية للإبطال فقط (المواد ١٢٠ ـ ١٢٨ م م) وربما يعود هذا الاختلاف إلى طبيعة الغبن الموجود كعنصر في الاستغلال.

فنظرة القانون المصري إلى الاستغلال من زاوية أنه يعيب الرضا، لا من حيث إنه عمل غير مشروع كما أخذ به القانون الألماني في مادته (١٣٨) يقول الأستاذ السنهوري: «فالاستغلال وفقاً لهذا الاعتبار ـ الذي أخذ به القانون المدني المصري ـ لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل، بل على أساس

---

(١) مارسيل، المصدر السابق بند (٢٧٥) وما بعده؛ والمصادر السابقة.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/١٩٠، ١٩١)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٤)؛ ود. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان ص (٢٧١).

أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللاً وكان العيب يداخل إرادته»[١].

خامساً: القانون العراقي حيث شارك القانون المصري في اعتبار الاستغلال عيباً لكنه لم يجعله عيباً مستقلاً بل جعله فرعاً من فروع نظرية التغرير مع الغبن حيث عالج الاستغلال تحت هذا العنوان وجعله صورة من صورها، كما جعل جزاء الاستغلال هو جزاء الغبن والتغرير نفسه. ومن جهة ثانية فإن جزاء الاستغلال في القانون العراقي يختلف فنياً من حيث التكييف الفقهي عن جزائه في القانون المصري ففي القانون العراقي يكون العقد موقوفاً على إجازة المستغل وأن له الحق في طلب رفع الغبن إلى الحد المعقول (المادة ١٢٥٥ م. ع) في حين أن الجزاء في القانون المصري هو البطلان النسبي أو إنقاص الالتزامات إلى الحد المعقول.

سادساً: وأما الشريعة الإسلامية الغراء فهي لم تقر نظرية الاستغلال كما هي في القانون الوضعي، وإنما عالج مسائلها كما سبق من خلال نظرية الغبن مع التغرير، أو نظرية الغبن مطلقاً[٢]، أو نظريات الاستئمان، والاسترسال، والضرورة، وبعض حالات السفه والعته لكنها أقرت نظرية الغبن في جانب كبير لدى فقهها، وهنا يثور السؤال هل الغبن عيب في الرضا في نظر هؤلاء الفقهاء الذين اعتدوا بالغبن مطلقاً؟

والذي يظهر لي أن هؤلاء الفقهاء جعلوا الغبن دليلاً على عدم تحقق الرضا الكامل وذلك لما يأتي:

---

(١) السنهوري، الوسيط (١/٤٩٤ ـ ٤٩٥).

(٢) ربما يعود عدم ظهور الاستغلال في الفقه الإسلامي إلى أن ظهور الغبن فيه بشكل واسع قد حجب الرؤية عن النظر إلى الاستغلال وذلك لأن الاستغلال لا يتحقق إلا مع وجود الغبن الفادح فما دام هو مؤثراً بوحده لم يحتج إلى البحث عن وسيلة أخرى، ولا سيما أن البحث عن الجانب النفسي يرهق القضاء ليصل إلى ما يقتنع به. وأما الجانب الآخر من الفقه الإسلامي الذي اعتد بالغبن مع التغرير فقد اضطر بجانب البحث عن الغبن للبحث عن وسائل التحايل التي دفعت المتعاقد المغبون إلى وقوعه في الغبن، وهذا الجانب يقترب منه نظرية الاستغلال في الفقه الحديث، مع فارق بسيط وهو أن الغبن في نظر الفقه الإسلامي ينظر إليه باعتبار القيمة المادية في حين أن الغبن في بعض الفقه الوضعي ـ كالمصري ـ ينظر إليه باعتبار القيمة الشخصية. وفارق آخر في تفسير الجانب النفسي في الاستغلال مع أن التغرير لا بد لتحققه من وجود وسائل احتيالية من قول أو فعل أو كتمان، كما سبق في مبحث التدليس.

أولاً: يستدلون على إثبات الخيار بالغبن بقوله تعالى: ﴿ ... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عن تراضٍ مِنْكُم ﴾[1]، ثم يوجهون استدلالهم هذا بأن المغبون لم يتحقق رضاه بالمعقود عليه مع هذا الغبن[2].

ثانياً: لا يقال: إن نظرة هؤلاء إلى الغبن وترتيب الأثر عليه نابعة من كون الغبن عملاً غير مشروع ومحرماً، وذلك لأن الفقهاء المسلمين متفقون على تحريم الغبن الفاحش فلا خلاف في ذلك مع أن جانباً كبيراً منهم لم يرتبوا عليه الأثر الظاهري من إثبات الخيار ونحوه مع قولهم بحرمته، مما يدل على أن ترتيب هذه الآثار ليس نابعاً من النظرة إليه باعتباره محرماً، وذلك لأن القول بحرمة الشيء لا يترتب عليه البطلان، أو الوقف، أو الخيار دائماً[3]. ومن هنا فالغبن وحده أو مع التغرير عيب من عيوب الرضا، وبعبارة أخرى إذا تحقق الغبن دون علم المغبون به ـ فهذا دليل على عدم تنور رضاه، أي لا يوجد شرط لزوم العقد وهو تنور الرضا.

بقي هنا سؤال: هل يمكن الاستغناء عن نظرية الاستغلال؟

للإجابة عن هذا السؤال فقد ثار خلاف كبير حول هذا الموضوع حيث يرى جانب من الفقه عدم إمكان الاستغناء عنها نظرياً وعملياً، وذلك لأن إقرارها دعم للأسس الخلقية للمعاملات، وإزالة لكل الوسائل غير الأخلاقية، كما أنها تعين القضاء على عدم اللجوء إلى التحايل على النصوص[4].

وجانب آخر أنكروا ذلك ورأوا إمكان الاستغناء عنها، غير أنهم اختلفوا في التكييف الفني الذي يتم به تلاشي هذه النظرية، وتفتتها:

١ ـ فذهب جماعة[5] منهم إلى أن الغبن هو الوسيلة الحقيقية التي يمكن أن تدخل في نطاقها جميع مسائل الاستغلال، وحالاته، دون البحث عن الجانب النفسي

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) راجع ص(٧٣٠)من هذه الرسالة.

(٣) راجع ص(٦١١)من هذه الرسالة.

(٤) جاء ذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/١٨٩) والملاحق، والمناقشات التي أثيرت حول المادة (١٧٩) من المشروع التمهيدي، التي أصبحت فيما بعد المادة (١٢٩).

(٥) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/١٥٠ ...)؛ ودي باج، القانون المدني (١/بند ٩٧).

الذي يرهق القضاء بالبحث عنه ليصل إلى ما يقنعه، في حين أن القول بتأثير الغبن بوحده لا يحتاج إلى أكثر من معرفة القيمة والنسبة الزائدة عليها. يقول الأستاذ الشرقاوي «. . . فإن الفقه يجري على تسمية عيب التصرف في هذه الحال بالاستغلال ولكننا نعتقد أن العيب الذي يبنى عليه عدم صحة التصرف هو عدم التعادل بين ما يحصل عليه الشخص، وما يلتزم به، ولذا فهذا العيب هو الغبن المترتب على الاستغلال وليس الاستغلال نفسه. . .»[1]، ومن جهة أخرى أن التطبيقات العملية قد أثبتت عدم الجدوى في نظرية الاستغلال، فقد استخلص من بحث أجري في البلاد التي تتضمن قوانينها المدنية نصوصاً عامة في الاستغلال على النحو السابق أن هذه النصوص نادرة التطبيق[2]. ومن جهة ثالثة نحن أمام عنصري الاستغلال: العنصر المادي - وهو الغبن - والعنصر المعنوي - وهو الطيش ونحوه - فبعض القوانين - كالقانون المصري رجح العنصر النفسي على العنصر المادي وجعل التأثير له بمساعدة العنصر المادي، لكن حينما نرجع إلى الواقع نرى عكس ذلك لعدة اعتبارات من أهمها أن العنصر المادي - أي الغبن - يتحقق أثره في التصرف وإن لم يكن معه العنصر النفسي في بعض الحالات باتفاق القوانين الحديثة، فالغبن الفاحش وحده ودون الحاجة إلى الجانب النفسي يؤثر في بعض العقود في القوانين: الفرنسي، والإنجليزي والمصري - القديم منه والحديث - والعراقي، وغيرها من القوانين في حين لا نجد حالة واحدة يؤثر فيها الجانب النفسي للاستغلال دون تحقق الغبن الفادح. إذن فالأولى إعطاء الأولوية للغبن دون الجانب النفسي فيكون الغبن هو الأساس، لا الاستغلال باعتبار جانبه النفسي.

وهنا يثور التساؤل حول مصدر استمداد الغبن قوته في تأثيره في التصرفات بالإبطال أو حق الإنقاص؟

فذهب اتجاه[3] إلى أنه يستمد ذلك باعتباره عملاً غير مشروع مخالفاً للآداب

(١) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق (١/ ١٥٠).

(٢) مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مور (Morel) في بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود، وبقوتها الملزمة - باريس سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص ٣٨٧) مشار إليها في د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٨١)؛ ود. جميل الشرقاوي نظرية البطلان ص (٢٧٣).

(٣) من هذا الرأي روبير: (Roubir)، المسؤولية السابقة على التعاقد رسالة ليون سنة ١٩١١ ص (١٨٠ - ١٨١)؛ ودي باج، مشكلة الغبن ص (٧١)، المشار إليه في د. توفيق فرج، رسالته عن الاستغلال ص (٨٦).

وراجع: د. بهجت بدوي، أصول الالتزامات بند (١٣٩ - ١٤٠)؛ وسالي، إعلان الإرداة، ط. باريس سنة ١٩٢٩ بند (٩٨).

كما هو اتجاه القانون الألماني في مادته (١٣٨). وطبقاً لهذا الرأي يعتبر فعل المستفيد غير مشروع تترتب عليه المسؤولية، إذ إنه يسيء إلى ضعف المتعاقد المغبون، أو جهله أو غير ذلك وقد استندوا في ذلك إلى أساس خلقي وفلسفي مبني على العدالة، ورفع الظلم[١].

غير أن هذا الاتجاه لا يسلم من نقد من جهة أن العمل غير المشروع له نطاقه الخاص في التعويض والجزاء، فما دمنا نحن نبحث عن الغبن في ظل سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، فلا بد أن يبحث عن مصدر آخر يستمد منه الغبن قوته في التأثير في التصرف إذن فلا يبقى إلا فحص إرادة المغبون نفسه والبحث من خلال عيوب الرضا أنفسها، وهذا هو الاتجاه الثاني الذي ذهب إلى أن الغبن مظهر من مظاهر عيوب الرضا، يفترض[٢] عند وجوده تحقق أحد هذه العيوب، وذلك لأنه لا يتصور أن يتحقق معنى الغبن في تصرف من التصرفات إلا إذا كان نتيجة عدم معرفة بالقيمة الحقيقية للمعقود عليه، وبعبارة أخرى أن الغبن يفترض القانون أنه لا يمكن أن يقع إلا إذا كان نتيجة وقوع المغبون في غلط، أكان مضطراً إلى قبول الغبن، أو استعمل معه الغابن طرقاً احتيالية للتأثير في رضاه حسب ظروف وملابسات تحيط عملية التعاقد سواء كانت تتعلق به أو بالغابن، أو بالمعقود عليه فعلى هذا لم يخرج الغبن عن نطاق العيوب الثلاثة للرضا، فالغبن في حد ذاته ليس عيباً له، وإنما هو مظهر لأحد عيوبه، مما يعني أن ما يترتب عليه من بطلان، أو إنقاص يعود إلى ما أحدثه فرضا في الرضا[٣]. ويرى الأستاذ توفيق حسن: «أن إقامة الغبن على أساس عيوب الرضا الثلاثة... إنما يعتبر أفضل حل يمكن الأخذ به أمام القاعدة التي تقضي بأن الإتفاقات التي تكونت طبقاً للقانون تعتبر شريعة للمتعاقدين، وهذه الشريعة لا يمكن القضاء عليها، وإزالتها إلا إذا أصابها حال تكوينها عيب من العيوب التي تلحق إرادة أحد الطرفين اللذين ساهما في إنشائها»[٤]، غير أن هذا الحل لا يخلو من النقد حتى ولو كان عيب الرضا المدعى به

---

(١) راجع تفصيله في د. توفيق فرج، رسالته في الاستغلال ص (٨٤...)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٤).

(٢) د. توفيق فرج، المصدر السابق ص (٨٥)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/١٥٠)؛ ودي باج، جـ ١ بند (٦٨ ـ ٦٩)، المشار إليه في د. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٤).

(٣) د. توفيق حسن فرج، رسالته السابقة الاستغلال ص (٨٥)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/١٥٠)؛ ورسالته عن البطلان ص (٢٧٣).

(٤) د. توفيق حسن فرج، رسالته السابقة ص (٨٥).

مفروضاً فرضاً قانونياً، وذلك لأن الشروط الواجب توافرها في هذه العيوب الثلاثة قد لا نجدها في العقد الذي وقع فيه الغبن الفاحش ومع ذلك يحكم القانون بتأثيره في بعض العقود ـ كما سبق، كما أن لفظ الغبن يعني الضرر وهو لا يشير من قريب أو بعيد إلى العلاقة بينه وبين الرضا أو عيوبه، ومن هنا أراد بعض الفقه أن يقف عند ظاهرة عدم التعادل بين الآداءات، وأن يصنع من الاختلال بينها اختلالاً فادحاً سبباً لتأثيره في العقد دون ربطه بعيوب الرضا إطلاقاً(١).

٢ ـ وذهب جانب آخر(٢) من الفقه إلى أن الاستغلال يتلاشى ويتفتت من خلال عيوب الرضا الثلاثة. إذن فلا حاجة إلى وضع نظرية للاستغلال ويبرر موقفهم ذلك بأن القضاء في ظل القانون المصري القديم الذي لم يقرر نظرية الاستغلال لم يحتج في تطبيق العدالة إليها، حيث عالج جميع مسائلها في ضوء هذه العيوب، أو على ضوء قواعد العدالة، فمثلاً بخصوص ردها إلى الإكراه فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٩٣٤/١٢/١ «بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطرار التي وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع ـ أي إلى التزام باهظ ـ فالعقد يكون باطلاً للإكراه»(٣)، وكذلك عاد القضاء المصري في ظل القانون القديم إلى تأثير المرض في إرادة العاقد فقد قضت محكمة النقض بأنه: «إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع على فساد رضا البائع لكونه متقدماً في السن، ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم، فإنه لا سبيل إلى الجدل في ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى»(٤).

غير أنه يلاحظ أن هذه المعالجات كانت ناقصة، أو مبتورة ينقصها جمع المسائل

---

(١) راجع: لوي لوكان، بند (٧)، المشار إليه في د. توفيق رج، رسالته السابقة ص (٨٥)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١٥١/١).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٤٩٥/١)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٥١)، والسنهوري ليس مع هذا الرأي بل ذكر إمكانه.

(٣) انظر: مجلة المحاماة ١٥ رقم ٢/٦١ ص (٣٤٣)، وحكماً آخر لمحكمة الاستئناف الوطنية في ١٩٣٧/٢/٩ منشوراً في مجلة المحاماة (١٧) ص (١١٧١). وراجع: د. السنهوري، الوسيط (٤٩١/١).

(٤) نقض مدني في ١٩٤١/١/١٢ المنشور في مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص (٢٩٦).

في نظرية واحدة ليسير عليها القضاء دون الارتباك في التكييف، والتعسف في التأويل[1].

ثم إن الاستغلال باعتبار عنصره المادي يعالج في نظرية الغبن، وباعتبار عنصره النفسي يعالج من خلال العيوب الثلاثة للرضا، فالمغبون إن استغل طيشه البين يكون مضللاً، فالعيب الناشىء منه يكون أقرب إلى التدليس، وإذا استغل هواه الجامح، أو حاجته الملحة فيكون العيب الناشىء منه أقرب إلى الإكراه، وإذا استغل ضعف إدراكه وعدم خبرته فيكون العيب الناشىء منه أقرب إلى الغلط[2].

يقول الأستاذ السنهوري: «فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش. . . إلا أن يكون قد وقع في تدليس أو غلط في حالة الطيش البين، أو أن يكون ضحية إكراه في حالة الهوى الجامح»[3].

والحقيقة أن هذه الافتراضات مقبولة في ظل قانون لا يقر نظرية الاستغلال، ولم يضع لها جزاءها الخاص، كالقانون المصري القديم، والقانون الفرنسي أما في ظل القانونين: المصري الحالي، والعراقي فلا يبحث قطعاً عن تحقق أحد عيوب الرضا الثلاثة وشروطه حتى يحكم بأثر الاستغلال، وإنما يبحث عن الاستغلال باعتباره نظرية متكاملة لها عناصرها الخاصة وشروطها الخاصة وجزاؤها الخاص، ومع ذلك لا يعني هذا منع الفقه النظري من علاقة الاستغلال ببقية العيوب الأخرى، ومحاولة توطيد أواصر القرابة بينه وبينها.

لكن الذي نلخص من خلال هذا العرض أن الغبن الفاحش لو وضع في نظرية متكاملة لاستغنى عن نظرية الاستغلال تماماً، إذ لا استغلال بدون الغبن الفادح فلا حاجة إذن من البحث عن الجانب النفسي، وإن كان هذا لا يمنع الفقه والقضاء عن البحث عن سبب الغبن، إذ لا يتصور العقل، أن العاقد المتكامل يرضى بالغبن فيكيف على ضوء عدم تنور الرضا، أو عدم اختياره وحريته.

* * *

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٠).

(٢) الأستاذ السنهوري، المصدر السابق نفسه؛ ود. الحكيم، المصدر السابق (١/١٦٠)؛ ود. غني حسون، الوجيز (١/٢١٣).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٩٥). لكن الأستاذ السنهوري لم يرد الاستغناء بما ذكر عن الاستغلال بل هو يعتبره عيباً مستقلاً.

المطلب الثالث

الغلط

لم يشتهر «الغلط» في الفقه الإسلامي كنظرية متكاملة بين فيها أركانه، وشروطه على عكس ما ظهرت فيه نظريتا الإكراه والتدليس، وذلك يعود إلى طبيعة هذا الفقه، ونزعته الموضوعية لكنه قد استطاع علاج جميع حالات الغلط من خلال نظريات، وتسميات أخرى، بل ربما من خلال «دعوى الغلط الموجودة في بعض المذاهب ـ كما سيأتي ـ ولذلك نتكلم عن الغلط على ضوء نظريته التقليدية، ونظريته الحديثة، وما يتعلق بهما بالقدر الذي يتعلق بموضوعنا، دون الخوض في التفصيلات، والجزئيات، ثم نتبعها بما ورد في الفقه الإسلامي حول هذا الموضوع، وذلك في فرعين:

الفرع الأول

الغلط في القانون

عرف الفقه الوضعي: الغلط عموماً بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد[1]. وبعبارة موجزة فالغلط هو توهم غير

---

(١) يراجع في تفصيل هذا الموضوع في القانون المصري: د. السنهوري، الوسيط (٣٨٢/١)، والموجز ص (٩٠)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٣٠٥/١)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام ص (١١٨)؛ ود. جميل الشرقاوي، رسالته في البطلان ص (٢٠٩)، والنظرية العامة للالتزام؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٦٣)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٢٩٥/١)؛ ومحمد مختار القاضي، أصول الالتزامات ص (٥٠)؛ ود. حسين النوري؛ مصادر الالتزام ص (١٦٣)؛ ود. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام ص (١٤٣).

ويراجع في القانون الفرنسي: جوسران، المصدر السابق (بند ٦٠ ـ ٦٦)؛ ومورانديه (Morandiere)، المصدر السابق ص (١٨٧ بند ٣٢٦)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٧٠ بند ١٧٨)؛ و (Gadeffroy)؛ رسالته عن الغلط المانع باريس سنة ١٩٢٤.

وراجع: في القانون الروماني: د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٦٥)؛ ود. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٣١٩)؛ ود. عبد المجيد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، ط. دار المعارف بالاسكندرية ص (٥ وما بعدها)؛ وغيرها من المصادر التي نذكرها.

الواقع[1]. وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم العاقد صحتها، مثل أن يعتقد المشتري أن التحفة التي اشتراها كانت من الفضة مع أنها في الواقع من معدن آخر أقل منها قيمة بكثير، أو أن يكون واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، مثل أن يعتقد البائع أن القطعة التي باعها كانت من الذهب المغشوش في حين أنها من الذهب الإبريز، فالغالط يتفق مع الجاهل في كونهما قد انتفت عندهما الفكرة الحقيقية عن شيء ما لكنهما يختلفان في أن الغالط قد يكون لديه تصور غير صحيح عن الشيء، في حين أن الجاهل خالي البال ليس لديه أي تصور[2].

هذا ولم يكن القانون الروماني يعرف الغلط كعيب في الرضا، وإن كان قد وضع لبعض حالاته الحلول، فلم يسلم الفقه في العصر العلمي بأن الغلط يعد عيباً في الإرادة، كما أنه لم يصل في تقديره إلى ترتيب البطلان عليه، وكذلك الأمر في عصر الإمبراطورية السفلى[3]، غير أنه ظهر في عهد جوستنيان أفكار حول الغلط تبلورت في مجموعاته وأدت إلى أن الغلط يؤدي إلى البطلان إذا كان واقعاً في ماهية التصرف القانوني، أو في ذاتية الشيء محل التصرف (وكذلك في جوهره بالنسبة لتصرفات حسن النية) أو في شخص من وجه إليه التعبير عن الإرادة إن كانت شخصيته محل اعتبار[4]، لكنه مع ذلك لم ينظر إلى الغلط باعتباره عيباً في الرضا، بل باعتباره إعداماً له، وقد قال فقهاء الرومان «إن الغلط يمنع من وجود الرضا»[5]، وذلك لأن القانون الروماني لم يعرف فكرة قابلية التصرف القانوين للإبطال للغلط لأن الإرادة في نظره أما ن تكون موجدوة فيصح التصرف القانوني، وأما أن تكون منعدمة فيبطل، ولذلك لا يؤثر الغلط في العقد إذا كان في الصفة، أو في الباعث على التعاقد[6].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٣٨٢/١)؛ ود. جميل الشرقاوي، رسالته في البطلان ص (٢٠٩)؛ ود. عبد المجيد الحفناوي، المصدر السابق ص (٥).

(٢) المصادر السابقة وقد خلط الفقيه الفرنسي (دوما) بين الغلط والجهل، ولم يفرق بينهما. انظر: قوانين دوما المدنية (٣٨٣/١)، المشار إليها في محمد سعـد، المصدر السابق ص(٦٩٢).

(٣) .د. شفيق شحاتة، المصدر السابق ص (٣٦٥)؛ ود. عبد المجيد الحفناوي، المصدر السابق ص (٣٨١ ـ ٣٨٥)؛ ود. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٣٢٩).

(٤) د. صوفي أبو طالب المصدر السابق ص (٣٢٩ ـ ٣٣٠).

(٥) موسوعة جوستنيان (٢، ١٤، ١، ٣)؛ ومجموعة الدساتير (١، ١٨، ٩).

وراجع: د. صوفي أبو طالب، المصدر السابق ص (٣٣٠)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٧٠) بند (١٧٨).

(٦) المصادر السابقة.

النظرية التقليدية للغلط في القانون الفرنسي:

تقوم هذه النظرية على تقسيم الغلط إلى ثلاثة أقسام[1]:

١ ـ الغلط المانع وهو الذي يجعل العقد باطلاً (المادة ١٣١ م ف) وهو ما إذا كان الغلط في ماهية العقد كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض، فيأخذه الأخير على أنه هبة، أو في ذاتية محل العقد، كما إذا اعتقد المشتري أنه يشتري منزلاً معيناً في حين يبيع له البائع منزلاً آخر، أو في السبب، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم، ثم يتضح أن الوصية باطلة[2].

٢ ـ الغلط المعيب للرضا وهو الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال، وهذا في حالتين نصت عليهما المادة (١١١٠ م ف)[3]:

إحداهما: الغلط في مادة الشيء ذاتها.

والثانية: الغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد.

وذكر جوسران حالة ثالثة وهي الغلط المتعلق بفعالية السبب[4].

٣ ـ الغلط الذي لا يؤثر في العقد بالبطلان، لكنه يوجب تصحيح العقد كالغلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء[5]. أو في القيمة، أو في شخص المتعاقد الذي لم يكن لشخصيته محل اعتبار في العقد، أو في الباعث على التعاقد[6].

هذه هي النظرية التقليدية للغلط تتميز بأن الاعتبار فيها إلى المعقود عليه وأهميته

---

(١) راجع لتفصيل ما يتعلق بها: جوسران، المصدر السابق ص (٣٣ بند ٥٨ وما بعدها)؛ ومورانديه، المصدر السابق ص (١٨٦) بند (٣٢٥)؛ ومارسيل؛ المصدر السابق ص (٧٠) بند ١٧٨).

(٢) جوسران، المصدر السابق ص (٣٢) بند (٥٧)؛ والمصادر السابقة.

(٣) جوسران، المصدر السابق بند (٦٣).

(٤) الغلط الذي يتعلق بسبب غير جوهري مثل الاختلاف على درجة الجودة، أو خطأ عارض كأن يشتري شخص كتاباً على أنه من ورق ممتاز، ثم يتضح أنه من نوعية أقل. انظر قضية نظرتها محكمة «ريم»، في ١٠/٥/١٨٨٣ مشار إليها في جوسران، المصدر السابق بند (٦٥).

(٥) يقول جوسران: «عندما يضار أطراف العقد، أو الاتفاق بغلط من هذا النوع فإن العقد ـ من ناحية المبدأ يظل سارياً، ولكن من حق المتضرر أن يطالب بالتصحيح المادي. انظر: جوسران، المصدر السابق ص (٣٥ بند ٦٦).

وراجع: مارسيل، المصادر السابق ص (٧٢ بند ١٩٣ ـ ٢٠٠).

دون النظر إلى الغالط نفسه فالمعيار فيها موضوعي وليس شخصياً.

النظرية الحديثة للغلط:

وقد كان القضاء في ظل النظرية القديمة التي أرساها القانون الفرنسي يعاني من مشاكل في تطبيق، وعدم استجابتها للعدالة، والمبادىء العامة التي شيدها مبدأ سلطان الإرادة، ولذلك عدل عنها[1] وسانده في ذلك الفقه الحديث، وجعلا المعيار في الغلط معياراً شخصياً، فالأساس هو مدى تأثر إرادة الغالط، ومن هنا جعلا الغلط في الدافع أساساً لقيام النظرية الحديثة عليه، كما أنهما استبعدا الغلط المانع حسب التقسيم السابق باعتباره يعدم الرضا، لا يعيبه، والكلام هنا في عيوبه، فهو إذن يتصل بوجود الرضا، كما هدما الحاجز بين النوعين الثاني والثالث ومزجا بينهما، فصنعا منهما الغلط الدافع دون النظر إلى كون الغلط في مادة الشيء أو في صفته أو غيرهما ما دام الغلط هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، إذن فقد وسعا مداه حتى لا يقف عند الغلط في المادة فحسب بل ليشمل غيرها[2].

ونرى آثار هذا التطور الذي كان للقضاء فيه قصب السبق في الفقه الفرنسي عند تفسيره لنص المادة (١١١٠ م ف) حيث فسر الفقه في ظل النظرية التقليدية للغلط عبارة «مادة الشيء» بأنها هي: «العناصر المادية التي تكونه»[3]، في حين فسرها الفقه في ظل النظرية الحديثة للغلط بالأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها[4]، فقد هجر هذا الفقه المعيار الموضوعي

---

(١) فقد وردت قضايا كثيرة في هذا الموضوع ذكرها جوسران في المصدر السابق بند (٦٩، ٧٠) منها قضية نظرتها محكمة أوليانز في ١٨/١/١٨٩٥، ويراجع دالloz القضاء (١٨٩٥) - ٢ - ٤١٧.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) أوبرى، ورو جـ ٤ الطبعة الرابعة بند (٣٤٣) ص (٢٩٦)؛ وديرانتون (١/ بند ١١٤)؛ وماركادية (٤/ بند ٤٠٧)؛ المشار إليهم في موراندية، المصدر السابق ص (١٨٨) بند (٣٨٠). وقد ذكر هؤلاء مثالاً للغلط في مادة الشيء، وهو أن شخصاً يشتري «شمعداناً» وهو يعتقد أنه من الفضة في حين أنه من النحاس المفضض. وهذه هي النظرة الموضوعية.

وراجع: جوسران، المصدر السابق ص (٣٥) بند (٦٨)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٧٤) بند (٢٠٠).

(٤) لوران (١٥/بند ٤٨٨)؛ وبودرى وبارد (١/بند ٥٤)؛ وبلانيول (٢/بند ٥٤)؛ وبلانيول (٢/بند ١٠٥٣)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٣٦) بند (٦٩)؛ وموراندية، المصدر السابق (بند ٣٢٨)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٧١) بند (١٩٠).

للغلط الذي يعتمد على مادة الشيء والخصائص التي تكونه، آخذاً بالمعيار الشخصي للغلط واضعاً نصب عينيه نظر العاقدين، أو أحدهما، وقد أخذ بهذا المعيار الذاتي الفقه والقضاء في مصر حتى في عهد التقنين القديم، حيث كانت نصوصه (م ١٣٤/١٩٤ من التقنين الوطني والمختلط) تسعفهما[1]. وجاء القانون المصري الجديد مؤيداً هذا المعيار جاعلاً إياه عيباً من عيوب الرضا، فقد نص في مادته (١٢٠ م. م) على أنه: «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه». والذي نريد أن نذكره هنا شروط الغلط، وأنواعه، ثم علاقته بالرضا.

أولاً: شروط الغلط:

اشترط الفقه والقضاء في مصر وفرنسا لتحقق الغلط المؤثر في العقد أن يكون غلطاً جوهرياً، وأن يكون المتعاقد الذي يتعامل مع الغالط على صلة بهذا الغلط.

فالشرط الأول: أن يكون الغلط جوهرياً أي غلطاً في مسألة هامة بحيث كان لها تأثير على دفع المتعاقد وإقدامه على إنشاء التصرف وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري، وجاءت المادة (١٢١ م م) لتحدد المراد بالغلط الجوهري فقالت:

«١ ـ يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

= وانظر: قضية مدنية في ١٩٦٤/١/٢٥ المشار إليها في موران، المصدر السابق ص (١٨٨) بند (٣٢٨).

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٣٩٠)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٢١).
والقضايا في ظل القانون القديم كثيرة منها: حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩١١/١/١٩، الواردة في مجموعة أحكام النقض ٢٣ ص (١١٩)، حيث قضت بأنه «إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له، مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع، ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع».
وراجع للمزيد من التطبيقات القضائية في ظل القانون القديم، مجلة التشريع والقضاء المختلط الأعداد في السنة ٢٣ ص (٢٦)، (١١٩) والسنة ٢٧ ص (٢٥٠)، والسنة ٤٣ ص (٣٣٢)، (٣١٥)، والسنة ٤٤ ص (٣٨٩).

٢ ـ ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

أ ـ إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في إعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يـلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب ـ إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات، أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

ويظهر بوضوح أن المعيار في جوهرية الغلط على ضوء الفقرة الأولى من المادة (١٢١) معيار ذاتي، أو شخصي، وهو كون الغلط دافعاً إلى التعاقد، ومعنى ذلك أن يبلغ الغلط حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ولا تدل الفقرة الثانية من المادة (١٢١) ـ التي ذكرت (. . . أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف. . .) ـ على أنها تريد الابتعاد عن المعيار الذاتي والنفسي الخالص، وذلك لأن هذه الإشارة فيها إلى الظروف الملابسة للتعاقد، أو حسن النية ليست لهذا الغرض، بل هي إشارة إلى أن هذه العناصر الخارجية، أو الموضوعية تساعد على إثبات جوهرية الغلط في تقدير الغالط أي وفقاً للمعيار النفسي نفسه[1]. فقد سبق أن ذكرنا أن الفقه الفرنسي كان قد اختلف في تفسير «مادة الشيء» وجوهره ثم انتهى إلى المعيار الذاتي في تفسيرها، فالمراد بكون الغلط جوهرياً هو ـ كما يقول جوسران ـ:

«١ ـ أن يهدد الغلط الشيء من أساسه.

٢ ـ وأن يكون جوهر هذا الشيء الذي وقع فيه الغلط هو العامل الفعّال في الاتفاق، وكان هو الغرض الأساسي الذي تعاقد الأطراف عليه، وبدون توافر هذا الجوهر يصبح لا معنى للعقد، وينطوي ذلك على عوامل شخصية بالضرورة ونفسية والإرادة، والدوافع التعاقدية»[2]، ولكن يجب أن يبعد عن جوهر الشيء حتى على ضوء المعيار

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٣٩٢)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١١٥ ـ ١١٦).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري الحالي: «ويتضح من ذلك أن تقدير الغلط وإن كان قد نيط بمعيار شخصي بحت إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة فيها الشخصي والمادي». مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/١٤٣). ولم يرتض بهذا التفسير بعض الفقه: د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص (١٩٤)، بل رأى أن في ذلك خلطاً.

(٢) جوسران، المصدر السابق ص (٣٧ بند ٧١). ويراجع: مارسيل، المصدر السابق ص (٧٣) بند (١٩٨).

الذاتي بعض الدوافع الكامنة في نفس المتعاقد، مثلاً كان في مخيلته أن العقد سيدر عليه بمنافع كبيرة ثم اتضح له بعد أنه كان على خطأ في تقديره هذا، أو كان قد علق على العقد في مخيلته آمالاً عظيمة سرعان ما ظهر له أنها سراب فمثل هذه الأمور تخرج عن كون الغلط جوهرياً فلا يؤثر في العقد، ولذلك لا يكتفي بمجرد ادعاء الغلط، بل لا بدّ من إثباته بالطرق المعتبرة في الإثبات، وبعد ذلك أيضاً يجوز للمحكمة أن تسأل عن سبب التزامه الصمت إبان التعاقد، ثم تقرر على ضوئه مدى اقتناعها بكون الغلط جوهرياً أم لا(١).

فالمعيار في كون الغلط جوهرياً إما معيار موضوعي كما هو الحال في الفقه الفرنسي التقليدي، أو شخصي كما هو الحال في الفقه الحديث في مصر وفرنسا، ولا ينكر صعوبة كل من المعيارين لدى التطبيق، فالمعيار الموضوعي معيار جامد ـ كما سبق ـ في حين أن المعيار الشخصي قد يرهق القضاء إلى حد ما بالبحث عن الدافع ومدى وصول الغلط إلى الحد المطلوب ليكون هو الدافع للتعاقد، لكن القضاء، وسانده الفقه في فرنسا ومصر قد اختاراه لكونه معياراً مرناً يستجيب لمتطلبات قواعد العدالة، وسلامة الرضا، غير أن القانون المصري في المادة (١٢١) قد اتخذ قرينة موضوعية لتنم عن الحالة النفسية للغالط حيث قرر بأن صفة الشيء تكون جوهرية ليست فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل «بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية»(٢). فالظروف الموضوعية للعقد، ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يأخذان بيد قاضي الموضوع إلى التعرف على نية المتعاقدين فمثلاً إذا اشترى أحد قطعة ذهب من الصائغ ثم اتضح أنها ليست ذهباً فمن حق المشتري أن يتخذ من واقع عمل البائع قرينة على نيته.

ومن هنا اختار القانون المدني الألماني في مادته (١١٩) معياراً ليس هو بالمعيار الشخصي، ولا بالمعيار الموضوعي صراحة بل مزج بينهما وأخذ بإرادة الأطراف وبالعرف السائد في المهنة، كما اعترف بأن الغلط مفسد للعقد إذا تعلق بجوهر التعاقد، وبأساسياته، لذلك فالمعيار الذي تأخذ به المحكمة الألمانية معيار مركب، وله أهداف اجتماعية، وموضوعية(٣).

---

(١) جوسران، المصدر السابق بند (٧١ ـ ٧٢).

(٢) د. السنهوري الوسيط (١/٣٩٢).

(٣) سالي، إعلان الإرادة، المرجع السابق ص (١٤، ١١٢)؛ ود. عبد الودود يحيى، الغلط في =

والأخذ في الغلط بالمعيار الشخصي لا يحصر جوهر الشيء على المعقود عليه فحسب بل قد يتعلق بالشيء، أو بالشخص، أو بالباعث، أو بالقيمة، أو حتى في القانون على التفصيل الذي يأتي، وذلك لأن مناط الغلط حينئذٍ أن يكون دافعاً إلى إبرام التصرف بصرف النظر عما يتعلق به[1].

الشرط الثاني: أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر: فقد نصت المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري على أنه: «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو من السهل عليه أن يتبينه» وهذه الصياغة لم تسلم من النقد من ناحيتين:

أولاهما: أن هذا الشرط الذي تضمنته هذه المادة لا يتفق مع اعتبار الغلط عيباً في الرضا، وذلك لأنه ليس من مقتضيات هذه النظرة علم المتعاقد الآخر، أو مشاركته فيه أو نحو ذلك، كل ما تتطلبه هو كون رضا العاقد الواقع في الغلط لم يكن متنوراً بل كان واقعاً في توهم، فدراستنا للغلط في نطاق تحليل الرضا والإرادة تستبعد هذا الشرط، غير أنه قد يبرر الفقه والتشريع وجود هذا الشرط بأنه توفيق بين مقتضيات العدالة ودواعي استقرار التعامل بتجنب مفاجأة المتعاقد مع الغالط ببطلان عقده مع أنه لا يدري من أسبابه شيئاً، كما أن ذلك نابع من حرص الفقه على حماية أمن المعاملات واستقرارها[2].

وثانيتهما: أنه قد يقع المتعاقد في الغلط نفسه ومع ذلك لا يكون العقد قابلاً للإبطال مثل أن يشتري شخص خاتماً من تاجر عاديات معتقداً أنه من الذهب، وكان هذا الاعتقاد هو الذي دفعه إلى التعاقد وكان البائع قد شاركه في هذا الاعتقاد، لكنه كان يعتقد في الوقت نفسه أن المشتري اندفع نحو شرائه منه لأجل كونه أثرياً مثلاً.

= القانونين الألماني والمصري، مذكرات لدبلوم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٧٩ ص (٥)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (١٩٩). وقارن هذا الرأي برأي الأستاذ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٢٥ ـ ١٢٦).

(١) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١١٧)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٦٧ ـ ٦٨). وسيأتي الخلاف في الاعتداد بالغلط في الباعث أو القيمة.
وراجع: د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٣١٢).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٠٨ ـ ٤٠٩)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٢١ ـ ١٢٢).

فإذا كان الغلط المشترك كافياً لإبطال العقد لوجب القول به في هذا الفرض مع أن ذلك بمفرده لا يكفي بل يجب أن يعلم المتعاقد الآخر أن هذه هي الصفة التي لم تتحقق هي الدافعة إلى التعاقد[1].

والذي نرى ترجيحه هو الرأي القائل بعدم اشتراط علم المتعاقد ولا اشتراكه في الغلط[2]، وذلك لأن منطق نظرية عيوب الرضا يقتضي حصر شروط الرضا في الرضا المعيب نفسه دون البحث عن رضا المتعاقد الآخر، كما أن تبرير الفقه هذا الشرط لحماية أمن واستقرار التعامل لا يُسَلَّم، إذ يمكن تحققها من خلال معايير وضوابط أخرى دون البحث عن العناصر الخارجة عن إرادة الغالط، فمثلاً رفض القانون الألماني اشتراط علم الغير بالغلط، أو إمكان علمه به باعتباره خلطاً بين المبادىء وقضي بأن الغلط بوحده يمس الرضا ويعيب التصرف، مع أنه قانون حديث اشتهر بعنايته الفائقة باستقرار المعاملات وأمنها وقد استطاع أن يعوض عن هذا الشرط بأن أضاف إلى المعيار الذاتي: أن يكون عدم قبول الغالط للتصرف لو عرف الحقيقة على أساس: «تقديره الأمر تقديراً معقولاً» كما استطاع حماية استقرار التعامل من خلال اشتراطه شرطين لتحقق الغلط وهما: أن يكون دافعاً، وأن يكون موضوعه في مضمون تعبير الغالط عن إرادته، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنياً[3].

---

(١) أستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٦٩). وأضاف: «وليس بصحيح أنه من غير المتصور أن يكون الغلط مشتركاً مع جهل أحد المتعاقدين بالاعتبار الدافع إلى التعاقد». ثم ذكر حكم محكمة السين المدنية في ١٩٥١/١٢/٨ المنشور في «داللوز ١٩٥١ حيث قضت بعدم تحقق الغلط لأنه وإن كان الغلط مشتركاً إلا أن البائع لم يكن يعلم أن هذه هي الصفة التي دفعت المشتري إلى التعاقد».

ويراجع في مثل هذا الرأي الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم، المصدر السابق ص (٢٢٠ ـ ٢٠١) بند (١٠١).

(٢) يقول الأستاذ السنهوري، (الوسيط ٤٠٨/١): «إن نظرية الغلط المشترك لا تتمشى مع المنطق ولا تتفق مع العدالة ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملي المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر». ويقول موراندية (المصدر السابق ص ١٨٩ بند ٣٣١): «ليس من الضروري أن يكون الغلط مشتركاً. .» ولذلك فالأخذ بنظرية الغلط الفردي هو أنجح الحلول. انظر: دي باج (جـ ٤٩/١).

(٣) راجع في تفصيل ذلك: سالي، المرجع السابق ص (١٤) بند (٥) وص (١١٢)؛ ود. عبد الودود يحيى، المصدر السابق ص (٢٣)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٢٥ ـ ١٢٦)؛ ود. السنهوري، الوسيط (٤٠٨/١ ـ ٤١٣).

ثانياً: أنواع الغلط:

يقسم الغلط عدة تقسيمات باعبارات مختلفة.

التقسيم الأول للغلط باعتبار ما يقع فيه:

يقسم الغلط باعتبار ما يقع فيه إلى أربعة أنواع هي:

الغلط في صفة الشيء، والغلط في ذات الشخص أو في صفته، والغلط في الباعث، والغلط في القيمة، وقد نص القانون المدني المصري على الحالتين الأوليين، غير أن نصه عليهما لا يعني حصر الغلط فيهما[1].

١ ـ الغلط في صفة الشيء الجوهرية:

ويحتوي القضاء المصري على تطبيقات كثيرة في ظل القانون القديم، والقانون الجديد، فقضت محكمة الاستئناف المختلط في ١٩٣٢/٧/٢٢ ببطلان بيع مخطوط لوجود غلط في صفته الجوهرية[2]. كما قضت محكمة النقض في ١٩٧٥/١١/١٩ ببطلان زواج تأسيساً على أنه غلط في صفة جوهرية تصيب الإرادة[3]. وقضت كذلك بأن الوفاء بمثابة تصرف قانوني... فإذا داخله عيب من عيوب الإرادة كان قابلاً للإبطال، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت في حدود سلطتها التقديرية على أن الموفي قد وقع في غلط في صفة جوهرية كانت أساسية في اعتباره، إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء، فإذا كان الموفي له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فإن من شأن هذا الغلط أن يؤدي إلى إبطال الوفاء...»[4]، وكذلك الأمر في القضاء الفرنسي[5].

---

(١) وذلك لأن المادة (١٢١ م.م) نصت في فقرتها الأولى على أنه «يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط» ثم ذكر في الفقرة الثانية منها نوعين له وهما الغلط في صفة الشيء، والغلط في شخص المتعاقد ذاته أو صفته. ويراجع: د. السنهوري، الوسيط (٣٩٢/١).

(٢) استئناف مختلط في ١٩٣٢/٧/٢٢ وارد في مجلة التشريع والقضاء المختلط سنة ٤٤ ص (٣٨٩).

(٣) نقض مدني مصري في ١٩٧٥/١١/١٩ مذكور في مجموعة أحكام النقض س ٢٦ رقم ٣٧٢ ص (١٤٤٤).

(٤) نقض مدني مصري في ١٩٦٥/٥/٢٠ وارد في مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ٩٨ ص (٦٠٣)؛ وحكم آخر بهذا المعنى ١٩٧٠/٦/٢ رقم الطعن ١٣٤ سنة قضائية ٣٦ مذكور في مجموعات المكتب الفني السنة ٢١ ص (٩٦١).

(٥) حكم محكمة (Agen) في ١٨٨٤/٤/٣٠ المشار إليها في جوسران، المصدر السابق بند (٦٩)؛ =

فقد ذكر جوسران عدة قضايا بهذا الخصوص ثم قال: «ومناط هذه الأحكام شيئان:

١ ـ خطأ يهدد الشيء من أساسه.

٢ ـ وكون جوهر الشيء هو الدافع للاتفاق[١]».

٢ ـ الغلط في ذات المتعاقد، أو في صفته:

وهذا النوع إنما يؤثر إذا كانت تلك الذات، أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٢١ م م) وأشارت إليه المادة (١١١٠) من القانون الفرنسي، وذلك إنما يتحقق حينما يكون العقد قائماً على الاعتبار الشخصي مثل عقود التبرع، كما أنه من الممكن وقوعه في بعض عقود المعاوضة، مثل الإيجار، وعقد العمل، والمزارعة، والشركة، والوكالة، حيث إن الشخص في هذه العقود محل اعتبار عند التعاقد، إما من حيث ذاته، أو من حيث صفته كأن يهب شخص لآخر مالاً معتقداً أن بينهما رابطة قرابة تربطه به، ثم يتضح خطأ ذلك، أو كان يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها طيب، ثم يتضح إن سلوكها مشين، أو يتعاقد مع شخص على أساس أنه مهندس بارع في البناء مثلاً فيتضح أنه لا يحمل شهادة في هذا الموضوع وأنه غير ماهر في عمله[٢].

وقد حفل القضاء الفرنسي أيضاً بكثير من التطبيقات بهذا الخصوص[٣]. ولم ينكر الفقه الفرنسي صعوبة الأخذ بهذا النوع وذلك لأن المطلوب في التعاقد هو الوثوق

= وحكم محكمة (Roues) في ١٩١١/٧/١٥ (D. P. 1912, 2, 367)؛ وقضية مدنية في ٦٤/١/٢٥ مشار إليها في موراندية، المصدر السابق بند (٣٢٨).

(١) جوسران، المصدر السابق بند (٦٩).

(٢) في هذا المعنى حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٤/٦/٦ الوراد في مجموعة أحكام النقض سنة ٥ رقم ١٢٥ ص (٨٤٠).

وراجع: الوسيط (٣٩٧/١)؛ وراجع: فالير، الاعتبار الشخصي في العقود، رسالة الدكتوراه في باريس سنة ١٩٣٨.

(٣) انظر: قضية مدنية نظرتها محكمة (Aix) في ١٨٥٠/١٢/٢٢؛ وقضية أخرى لهذه المحكمة نفسها في ١٨٧٠/١٢/٢١؛ وقضايا أخرى مشاراً إليها في جوسران، المصدر السابق بند (٧٤، ٧٥، ٧٦)؛ وقضية مدنية أخرى في ١٩٦٣/٣/٢٠ مشاراً إليها في موران، المصدر السابق بند (٣٢٩).

وراجع: مارسيل، المصدر السابق ص (٧٥) بند (٢٠٢)؛ وفالير، رسالته في الاعتبار الشخصي السابقة الإشارة إليها.

من شخصية المتعاقد سواء كان دائناً، أو مديناً، ومن جهة أخرى أن الوصول إلى نية المتعاقد في كونها متجهة نحو شخص معين بذاته أو بصفته لا ينكر صعوبته، بل لو ترك هذا الباب مفتوحاً دون ضوابط لأدى إلى الفوضى وقلقلة المعاملات، لذلك حاول الفقه إيجاد مخرج وذلك بوضع بعض ضوابط ومبادىء مرعية حيث أناط هذا الأمر بتقدير قاضي الموضوع ليصل من خلال ظروف الدعوى وملابساتها إلى نية المتعاقد وكون الشخص أو صفته هو الدافع أم لا، كما حاول الفقه أن يساعد القاضي في تقديره فذكر أن العقود الشخصية كالزواج ونحوه، والتصرفات المالية يلاحظ فيها الجانب الشخصي بشكل واضح وحتى حاول الفقه وضع بعض ضوابط في التصرفات المالية التي لها مقابل حيث بين أن بعضها قائم على النوايا الشخصية فمثلاً عندما يقع اختيار المرأ على مهندس معماري، أو طبيب، أو جراح، أو محام، أو نقاش، أو رسوم أو نحوهم فإن الشخص مقصود في التعاقد، وكذلك في عقود التأمين، ولا سيما التأمين على الحياة، وفي عقود الإيجار ونحوها[1]، كما استبعد الفقه العقود الاقتصادية والتجرية عن الاعتبار الشخصي كقاعدة عامة[2].

٣ ـ الغلط في القيمة:

هذا النوع من الغلط لم يكن يؤثر في العقد على ضوء النظرية التقليدية للغلط، لكنه على ضوء النظرية الحديثة له ينظر إلى الغلط في القيمة من حيث إنه إذا بلغ من الجسامة بحيث أصبح هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد وجب القول بتأثيره فيه[3]، فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه[4].

هـذا وقد أرجع بعض الفقه[5] تأثير الغلط في القيمة إلى كونه مبنياً على غلط

---

(١) راجع في تفصيل هذه المسألة: جوسران، المصدر السابق بند (٧٤، ٧٥، ٧٦)؛ وفالير، رسالته في الاعتبار الشخصي السابقة الإشارة إليها؛ وموران، المصدر السابق بند (٣٢٩)؛ ومارسيل، المصدر السابق ص (٧٥) بند (٢٠٢).

(٢) المصادر السابقة أنفسها.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/٣٩٧)؛ ود. محمدو جمال الدين، المصدر السابق ص (١٢٩)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٦٧).

(٤) د. السنهوري، الوسيد (١/٣٩٧ ـ ٣٩٨)، والقضايا التي أوردها.

(٥) د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٦٧).

في صفة جوهرية من صفات الشيء المعقود عليه، وذلك لأن مجرد الخطأ في التقدير لا يترتب عليه شيء في القانون المصري كقاعدة عامة حيث إنه لا توجد فيه نظرية عامة للغبن إلا عن طريق الاستغلال، أو بعض استثناءات كما سبق، وهذا الرأي يتفق مع الفقه الفرنسي حيث لم يقم للغلط في القيمة أي وزن، وكذلك فعل القضاء[1]. يقول مارسيل: «إن هذا الخطأ لا يمكن اعتباره سبباً لإلغاء العقد، لأن ذلك من شأنه أن يعرض سلامة وأمن التجارة، واستقرار العقود للخطر والاضطراب»[2].

٤ ـ الغلط في الباعث:

لقد ثار الخلاف حول مدى أثر الغلط في الباعث في الفقه فذهب جانب من الفقه المصري[3] ـ ومعه بعض الفقه في فرنسا[4] ـ إلى القول بتأثيره ما دام قد بلغ من الجسامة أنه العنصر الفعّال في الاندفاع نحو التعاقد، وذلك لأن مناط الغلط على ضوء النظرية الحديثة هو كونه جوهرياً ودافعاً، فإذا تحقق ذلك يجب القول بتأثيره. ورفض بعض الفقه المصري[5] ـ ومعه غالب الفقه الفرنسي[6] ـ هذا التأثير وبرروا موقفهم هذا بأن الغلط في الباعث غلط في أمور شخصية ونفسية خاصة بالعاقد نفسه، كما أنه لا يمكن للمتعاقد الآخر أن يتحقق من صحة الباعث الذي دفع العاقد إلى التعاقد كما أن ذلك لو قيل به لأدى إلى فوضى في المعاملات، وقلقلة في التعاقد، إذ أنه من السهل لأي واحد من العاقدين أن يحتج لإبطال عقده بأنه كان في غلط في الباعث، وذلك لأن الباعث أمر شخصي داخلي للعاقد، وليس عنصراً مقرراً في العقد، كما أن الدوافع لها

---

(١) فقد قرر القضاء الفرنسي بأن الغلط في القيمة لا يترتب عليه البطلان. انظر قضية مدنية في ٦٥/١/٢٥ المشار إليها في موراندية، المصدر السابق بند (٣٣٢). وكذلك الحال بالنسبة للغلط في القيمة بخصوص سلعة تخضع لقانون الضرائب. انظر: قضية الشركات في ١٩٥٦/٥/٤ المشار إليها في المصدر السابق نفسه.

وراجع: مارسيل، المصدر السابق ص (٧٧) بند (٢٠٨).

(٢) مارسيل، المصدر السابق ص (٧٧ بند ٢٠٨).

(٣) السنهوري، الوسيط (٤٠٢/١)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١١٧).

(٤) بلانيول وريبير وأسمان، جـ (٦) بند (١٧٧).

(٥) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص (١٩٦) بند (١٠٠)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٦٧ ـ ٦٨).

(٦) مارسيل، المصدر السابق بند (٢٠٩)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٦٥)؛ وموراندية، المصدر السابق بند (٣٣٢)؛ وغيرهم كثيرون.

أسباب كثيرة فإذا سمح لأحد الأطراف أن يثير مسألة الغلط في الباعث فيكون ذلك مدعاة لقلق الطرف الآخر، لأنه يجهل هذه الدوافع التي تعتمل في صدر الآخر، وذلك فالسماح بأن يكون للدافع أثر إنما يضر بصلابة العلاقات التعاقدية[1].

وأما الغلط في الحساب فلا يؤثر في صحة العقد، وكذلك لا تؤثر غلطات القلم ولكن يجب تصحيح هذا الغلط (المادة ١٢٣ م م).

التقسيم الثاني للغلط باعتبار ذاته:

ويقسم الغلط باعتبار ذاته إلى قسمين هما: غلط في الواقع، وغلط في القانون وما ذكرناه سابقاً أمثلة للغلط في الواقع.

والغلط في القانون جعله القانون المصري نوعاً من الغلط المؤثر بالشروط التي يجب توافرها في الغلط في الواقع، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٢ م م) بقولها: «يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقضِ القانون بغيره»، فالغلط في القانون ينطبق عليه جميع الأنواع السابقة ما دام هو الدافع للتعاقد[2]، غير أنه لا بدّ من الإشارة هنا إلى التفرقة بين الأحكام القانونية التي تعتبر من النظام العام التي لا يجوز الجهل بها إطلاقاً، وبين الأحكام القانونية التي لا تعتبر من النظام العام، والتي يقبل فيها الجهل،

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٤٠٣/١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (١٣١)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٧١ ـ ٧٢)؛ والمصادر السابقة.

والغلط في القانون الذي ينصب على صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً، فيجوز له في هذ الحالة أن يطلب إبطال التعهد، ومثل الغلط في القانون الذي ينصب على شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالاً وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد. ومثل الغلط في القانون الذي يقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف. ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩١٨/٢/٥ من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون. السنهوري، الوسيط (٤٠٧/١).

فمن وقع في غلط في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام فله الحق في الاحتجاج لطلب إبطال العقد الذي تم بسببه[1].

وقد عالج الفقه الفرنسي هذا الموضوع على الرغم من أن المادة (١١١٠ م ف) لم تشر إليه، حيث استطاع أن يضيفه إلى بقية الحالات المؤثرة للغلط يقول موراندبه: «لو تنازل وريث عن حقوقه لخطئه في تقدير ما يؤول إليه بالقانون، ومع أن الغلط هنا يتعلق بواقعة الجهل بالقانون ـ وهو كمبدأ لا يقبل ومع ذلك فإ ذلك يعيب إرادة المتعاقد، وليس هناك تعارض في ذلك، فحسب المبدأ لا يستطيع الشخص أن يدفع بجهله في تطبيق القانون، ولكن هذا ليس معناه أن يستغل طرف آخر هذا الجهل لتحقيق مصلحة عن طريق التعاقد»[2].

التقسيم الثالث للغلط باعتبار نشأته:

يقسم الغلط بهذا الاعتبار إلى قسمين: غلط ناشىء عن الحيل، وغلط تلقائي لم ينشأ عن الحيل وإنما نشأ عن جهل وتصور للواقع على غير حقيقته، وهذا التقسيم إنما يتم إذا قلنا بأن نظرية الغلط بمعيارها الشخصي تغنى عن التدليس كما سبق، فيكون التدليس قسماً من قسمي الغلط وصورة من صوره ـ كما سبق مناقشة ذلك.

تعارض الغلط مع حسن النية:

لاحظ القانون المدني المصري تعارض الغلط مع حسن النية فقضى بأن كفة حسن النية حينئذٍ تكون هي الراجحة فنص في المادة (١٢٤) على أنه:

«١ ـ ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

٢ ـ ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد». وبذلك خفف التقنين المصري من حده الطابع الذاتي في

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) موراندبه، المصدر السابق ص (١٨٩) بند (٣٣٠). وراجع: مارسيل، المصدر السابق بند (٢٠٦)؛ و (Decottignies)، الغلط في القانون المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي لسنة (١٩٥١) ص (٣٠٩).

وراجع في الغلط في القانون عدة قضايا في القضاء الفرنسي منها: نقض فرنسي في ١٩٣١/٢/٢٣ مشار إليه في داللوز ١٩٣٢ جـ ١ ص (١٢٩) مع تعليق جوسران. واستئناف مونبلييه في ١٩٥١/١٠/٢٣ المشار إليه في داللوز سنة ١٩٥٢ ص (١٥).

الغلط، كما أن هذا يعتبر في الواقع أحد تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها القانون المصري، وعلى ضوء هذه المادة فإن من وقع في غلط عندما اشترى قطعة ظنها أنها من أعمال الفنان الفلاني ثم انكشف أنها لغيره يظل مرتبطاً بهذا العقد إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته إلى شرائه[1]، وكذلك لا يجوز التمسك بالإبطال للغلط إذا كانت المصلحة التي يرمي من يتمسك بالإبطال تحقيقها غير مشروعة[2].

ثالثاً: علاقة الغلط بالرضا وأثره فيه.

فالغلط على ضوء النظرية التقليدية إذا كان مانعاً يعدم الرضا من أساسه ويكون العقد باطلاً مطلقاً وإذا كان معيباً فهو يؤثر في الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال، أما الغلط على ضوء النظرية الحديثة التي أخذ بها القانون المصري، واستقر عليها القضاء والفقه في فرنسا، فهو عيب في الرضا، ويؤثر في العقد بالشروط التي ذكرناها، وعلى التفصيل السابق[3].

وأما القانون المدني العراقي فقد عالج حالات الغلط من خلال المعيار الذاتي للغلط متأثراً بالفقه الإسلامي مازجاً بين قواعده، والنظرية الحديثة للغلط مزجاً متآلفاً فذكر أحكام الغلط في المحل (الشيء) والغلط في العناصر الضرورية للتعاقد، والغلط في شخص المتعاقد، وأما الغلط في الحساب فحكم القانون العراقي فيه (المادة ١٢٠) كحكم القانون المصري (المادة ١٢٣) فقد أخذ القانون العراقي بما يقرره الفقهاء المسلمون، وصاغ منه نظرية عامة تنطبق على جميع العقود[4]، ولذلك نرجىء الكلام في تفاصيله إلى ما بعد كلامنا عن الغلط في الفقه الإسلامي لنرى مدى التوافق بينهما.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/١٦٧). وراجع د. السنهوري، الوسيط (١/٤١٩)؛ ود. جمال الدين محمود، المصدر السابق ص (١٣٦ بند ٧٧)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٧٢).

(٢) د. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٧٢).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) راجع: د. الحكيم، المصدر السابق (١/١٣٧)؛ ود. حسن الذنون، الالتزامات بند (٩٢)، ومحاضرات في القانون المدني العراقي ص(٤٥)؛ ود. غنى حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/١٨٣)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، الوجيز ص(٨٠)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٠٦).

وأما القانون الانجليزي فلم يعالج حالات الغلط (Mistake) على أساس نظرية متكاملة ـ كما رأيناها في القانون الفرنسي، أو المصري ـ بل إنما يعتد بالغلط المانع أو الحائل[1]، والقاعدة العامة في القانون الانجليزي هي ـ كما يقول ولسون ـ: «إن الفرد إذا عبر عن صريح إرادته في التعاقد فإن القانون لن يسمح له عادة بأن يتفادى التزاماته بادعاء الخطأ (الغلط). ومع ذلك يجوز إعمال الخطأ في العقد في حالتين[2] ذكرهما لورد (Atkin) بقوله: «إذا ثبت الخطأ وكان له فعالية فإن أثره هو في بعض الحالات إنكار للرضاء، وفي بعضها الآخر إبطال له» ومع ذلك فقد قرر مجلس اللوردات بهذا الخصوص: «إن القصد إلى توسيع نظرية الغلط المقررة في القانون العام غير وارد»[3].

ويعود الأمر في تضييق القانون العام للغلط إلى أنه يعارض الاستناد على النية، بل يميل إلى الاعتماد على المقابل، فهناك تاريخياً الاعتماد على العرض والقبول، ولا يوجد تاريخياً أي تأكيد على مسألة النية أو الرضاء حتى النصف الثاني من القرن التاسع عشر الذي تأثر فيه الفقه الإنجليزي بكتابات الفقيه سافيني وانتقل إليه الأفكار المتعلقة بمبدأ سلطان الإرادة وعيوب الرضا بفضل الفقيه الإنجليزي (سير فردريك بولوك) وغيره[4]. ومع ذلك يعترف الفقه الإنجليزي بأن موضوع الغلط لا يزال يكتنفه غموض، وعدم علاج شامل وحاسم[5]. والصعوبة تأتي من جهتين إحداهما: أن القانون العام حينما يعترف بأثر الغلط يجعل العقد الذي داخله باطلاً بطلاناً مطلقاً، وثانيتهما: تضييق نطاق الغلط، والتعامل معه بصورة محدودة، غير أن القضاء قد اتسم بروح المرونة لعلاج الغلط على مقتضى قواعد العدالة في حالات كثيرة، حيث أخضعته المحاكم لسلطتها التقديرية، واستطاعت أن لا تقرر البطلان المطلق في بعضها بل

---

(١) راجع: ولسون، المصدر السابق ص (٩٥)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢٠...)؛ و(C. J. Slade)، الغلط في العقود في القانون الانجليزي، بحث منشور في مجلة (L. Q. A.) للقانون عدد ٧٠ ص (٣٨٥) وما بعدها؛ وأنسون، المصدر السابق ص (٢٥٥)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد ص (١٢٢)؛ و
(Cheshire and Fifoot Law of contract London, P. 198.)

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (٩٦).

(٣) قضية:
(Bell. V. Lever Brothers (1932) A. C. 161, at P. 217.)

(٤) وليستون، المصدر السابق ص (٢٠ ـ ٢١).

(٥) أنسون، المصدر السابق ص (٢٥٤)؛ والمصادر السابقة.

تحكم عليها بالبطلان النسبي[١]، ولا سيما بعد الإصلاح الذي تم في (١٨٧٥) والذي بمقتضاه: أن لقضاة المحاكم العليا ولاية تطبيق قواعد القانون العام، وقواعد العدالة في الوقت نفسه[٢]، فعلى ضوء هذا الإصلاح قررت محكمة الاستئناف في قضية (Soll V. Butcher)[٣] أنه في استطاعتها أن تمارس بحرية: تطبيق قواعد العدالة لتصل إلى حلول عادلة في حالات يتسم فيها القانون العام بالجمود فقد أعلن القاضي (Denning) في حيثيات هذه القضية: أن بعض الأحكام التي طبقت فيها نظرية الغلط المعروفة في القانون العام سوف تكون ممكنة الحل بتطبيق قواعد العدالة الخاصة بالتدليس مع ميزة أن العقد سوف يعتبر قابلاً للإبطال[٤]، لكنه ومع وصول القضاء إلى الحكم بقابلية العقد الذي وقع فيه الغلط للإبطال في بعض الحالات فإنه ظل على منهجه الخاص في العلاج التجريبي لكل حالة دون وضع نظريات عامة[٥].

ونحن هنا ندرس أنواع الغلط على ضوء ما ذكره الفقه الإنجليزي، وما يمكن أن يستنبط من التطبيقات القضائية دون التقيد بالتقسيمات المذكورة في الفقه اللاتيني لنحافظ على منهج كل فقه وأسلوبه في المعاجلة.

الغلط المانع من الرضا، والنافي له:

يقول الفقيه الإنجليزي ولسون: «والغلط فيه إنكار للرضا ونفي له عندما يتعلق بسبب أساسي من أسباب نشأة الحق بحيث لا يتسنى القول مع وجود هذا الغلط بأن هناك رضاء بين الأطراف وفي مثل هذه الظروف لا تقوم للعقد قائمة، لأن الأطراف لم يتفقوا على الشيء نفسه. . .»[٦]. فعندما يكون الغلط بهذه الجسامة فقد أعدم الرضا، وقد حاول القانون العام مواجهة هذه المعضلة فاعترف بمبدأ الغلط الذي يجوز أن يؤثر تأثيراً جدياً، وقد جرى القضاء في ذلك بأن يقوم بفحص العقد الذي وقع فيه الغلط فحصاً موضوعياً يطلق عليه «الاختبار الموضوعي للرضاء»، ويجري الحكم على نوايا

(١) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٣ ـ ١٠٤).

(٢) ولسون، المصدر السابق نفسه؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢٠ ـ ٢١).

(٣) قضية رقمها:

(1950) K.B. 671.

(٤) حيثيات القضية السابقة ص (٦٧٥).

(٥) أنسون، المصدر السابق ص (٢٥٥)؛ وسليد، بحثه السابقة الإشارة إليه.

(٦) ولسون، المصدر السابق ص (٩٦).

أطراف العقد من الألفاظ المستخدمة في صياغة، وسلوك الأطراف حسبما يفسره الشخص العادي متوسط الذكاء[١]، يقول القاضي (بلاكبورد): «تتضح نوايا المرء من تصرفاته، وبحيث يعتقد الشخص «المعقول» أن هذه التصرفات بمثابة موافقة على شروط الطرف الآخر في العقد. . .»[٢]، فإذا سمح للشخص بعد ذلك أن يؤكد أن تصرفاته الظاهرية لا تتفق مع نيته الحقيقية بسبب الظروف فإن ذلك يفتح الباب أمام التحايل[٣].

فالخطأ إن لم يكن أساسياً لا يؤثر، كما أنه لا بد أن لا يكون الغالط قد قصر في وقوعه في الغلط ففي قضية (١٨٧١)[٤] كانت بعض الأملاك قد طرحت للبيع، وعرضت وثائق البيع في المكان المخصص لإجراء البيع فيه، واشترى المدعى عليه الأملاك بدون الإطلاع على الخرائط والأوراق، وبعد ذلك ادعى أنه اتفق على أساس اعتقاد خاطىء بأن العقار المعقود عليه كان ملحقاً به حديقة بحيث يشملها عقد البيع، فقضت المحكمة أنه على الرغم من هذا الخطأ إلا أن العقد صحيح ثم استؤنف الحكم فأيدت محكمة استئناف هذا الرأي وقالت في حيثيات حكمها هذا: «إنه طالما أن وصف الأملاك لم يكن به غموض فإن المشترى الذي يفوته أن يولي الأمر كامل عنايته عند الشراء ينبغي أن يتحمل النتائج. . .»[٥]. وفي قضية أخرى في سنة (١٩٠٢)[٦] أن شخصاً كان قد تقدم في عطاء، ورسا عليه البيع في مزاد، ثم حاول أن يتفادى رسو المزاد بمقولة: أنه أخطأ في الصفقة، فرأت المحكمة رد دعواه، وقال قاضيها: «إنه لو سمح للدفاع بما يذهب إليه في دفاعه، فإن ذلك من شأنه أن يقضي على ضمان تنفيذ العقود، ويفتح الباب للرجوع في الأقوال، أو التظاهر الكاذب»[٧].

---

(١) ولسون، المصدر السابق ص (٩٨).

(٢) كان ذلك القول بمناسبة نظر قضية:

Tomplin V. Jomes (1880) 15 Ch. D. 215.

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (٩٨).

(٤) قضية.

Smith V. Hughes (1871) 6. Q. B. 597 at P. 60 .

(٥) حيثيات القضية السابقة ص (٢١٧ ـ ٢١٨).

(٦) قضية:

Van Preesh V. Everidse (1902) 2 ch. 266.

(٧) حيثيات القضية السابقة ص (٢٦٨).

والغلط المانع للرضاء يتحقق في الأمور الآتية:

١ ـ **الغلط في طبيعة التعامل**: أو جوهر الوثيقة فقد يخضع شخص لإغراء توقيع عقد يختلف في طبيعته اختلافاً جوهرياً عن الالتزام الذي كان يدور بخلده، فإذا كان الطرف الآخر على دراية بهذا الخطأ فإنه طبقاً للقانون العام يجوز عندئذ الدفع بعدم صحة أسس التعاقد، وتكون النتيجة أن الاتفاق باطل لمجافاته روح القانون، فقد قال القاضي (بيلي): «والبطلان ليس لمجرد الاحتيال للحصول على التوقيع، بل لأن حقيقة نوايا الموقع ما كانت لتنصرف إلى التوقيع على مثل هذا العقد وبمعنى آخر أن الموقع لم يكن يقصد إطلاقاً التوقيع، وبناء على ذلك يعتبر كأنه لم يوقع»[١]، يقول ولسون: «وفي الأحوال العادية تصبح الوثيقة الموقع عليها بمثابة دليل إثبات بنوايا الأطراف، ولا يقبل الادعاء إلا إذا كان يتعلق بوجود خطأ في جوهر الوثيقة، ومن ثم يصبح هذا الخطأ الواضح سبباً في بطلان العقد من بداية نشأته. . . وفي الوقت الحالي فإن التمييز بين طبيعة العقد ومحتوياته تؤدي أحياناً إلى التضارب في الممارسة العملية، ولذلك يجب الحد من الطعن على أساس عدم صحة التعاقد لأنه لم يقم على أساس سليم وأن يقتصر الطعن على فاقدي البصر أو السمع وفاقدي نعمة التعليم نظراً للأخطار الجدية التي تلحق بأطراف أخرى خلاف طرفي العقد»[٢]، ففي قضية (Torrance V. Boton) سنة (١٨٧٢)[٣] لم تكتشف تفاصيل البيع المطبوعة عن أن العقار المطروح للبيع كان يخضع لرهون ثلاثة، ومع أن القائم بالمزاد أعلن عن هذه الحقيقة في قاعة المزاد إلا أن المشتري لم يسمعها نظراً لضعف سمعه، وبناء على عدم معرفته بهذه الحقيقة فقد اشترى المنزل، وهو في الواقع منزل مرهون، فلما عرض أمره على القضاء لم تتردد المحكمة في إلغاء العقد، ومع أنه واضح أن البائع لم يقصد التغرير بالمشترى لكنه لا يجوز له أن يستفيد من خطأ بسبب عدم صحة البيانات المطبوعة والمعلنة عن البيع[٤].

والغلط في طبيعة العقد يتم غالباً في حالات العقود المكتوبة وأكثر ما يقع فيه الأمي، حيث يضع خاتمه، أو إصبعه على الورقة، والأعمى الذي يوقع على التصرف

---

(١) قضية:

Fester V. Mackinnen (1869) L. R. 4C. P. 704 at P. 711.

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٠، ١١٧).

(٣) رقم القضية:

(1872) 1 R. 8 Ch. App. 118.

(٤) حيثيات القضية السابقة وراجع ولسون، المصدر السابق ص (١١٩).

بعد قراءة محتويات العقد عليه بطريقة غير صحيحة، والسكران الذي يعي لكنه فقد التركيز ونحوهم، يقول القاضي (Byles): «والبطلان ليس لمجرد الاحتيال للحصول على التوقيع، بل لأن حقيقة نوايا الموقع ما كانت لتنصرف إلى التوقيع على مثل هذا العقد، وبمعنى آخر أن الموقع لم يكن يقصد إطلاقاً التوقيع على مثله، وبناء على ذلك يعتبر العقد كأنه لم يوقع»(١).

٢ ـ الغلط في الحصص المتساوية:

إن المبدأ العام في القانون العام هو أن هناك علاقة بين الحصص وبين مبدأ الخطأ، فالعقد يقضي عليه ببطلانه على أساس أن الأطراف قد أخفقوا في محاولة الالتزام، لكنه لا يمنع من لجوء أطراف الاتفاق إلى أنفسهم لتصحيح العقد، بحيث ينتهي الأمر إلى أن يكون الاتفاق في صورة العقد الموقع بينهم مطابقاً للنية الفعلية للطرفين(٢).

٣ ـ الغلط في شخصية المتعاقد:

وقد أبعد الفقه الإنجليزي الغلط في شخص المتعاقد في بعض الحالات مثل حالة البيع في المزاد، فالشخص الذي يقدم عرضاً مفتوحاً للكافة يستحيل عليه أن يدعى أنه أخطأ في شخص المقصود بالعقد، وقد رفضت المحكمة مثل هذا الادعاء في قضية (Dennant V. Skinner)(٣) حيث رسا مزاد البيع على أعلى الأسعار المقدمة في المزاد فأوضح القاضي: أن البيع بالمزاد. . . يجب أن يرسو على المتقدم بأفضل العروض، وأنسب الأسعار بصرف النظر عن شخصه. . . وفيما يتعلق بالعقد فإن الشخص الذي يرسو عليه ليس موضع جدل»(٤)، وكذلك الأمر بالنسبة لبيع البضائع في محال البيع بالتجزئة، لأن تاجر التجزئة لا يعنيه شخص المشتري عندما يكون في نيته تصريف البضاعة، وحتى عندما يرسل شخص آخر بقائمة بالأصناف التي يطلبها من محل معين فإن الرجل المعقول (وفي القانون يطلق عليه الشخص العادي متوسط

---

(١) جاء ذلك في قضية:

Fopster V. Mackinnon (1869) L. R. 4 C.P. 704 P. 711.

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١١٧ ـ ١١٨).

(٣) قضية رقمها:

(1948) 2 K. 164.

(٤) حيثيات القضية السابقة ص (١٦٨).

الذكاء والحرص) لا يفترض فيه أنه مهتم بشخصية صاحب المتجر، وبالتالي يستطيع صاحب أي متجر أن يتلقى هذا الطلب، ويحيله إلى عقد بقبوله توريد البضاعة ولا يستطيع صاحب الطلب أن يمتنع عن سداد ثمن البضاعة للمورد بحجة أنه كان يقصد التعامل مع المالك السابق للمتجر[1] إلّا إذا كان الشخص له اعتبار أساسي في التعاقد، يقول ولسون: «والخطأ في هذه الواقعة يقصد به الخطأ على التعرف على الشخص المقصود، فلا يكفي لطرف في التعاقد أن يدعي عند تعاقده مع شخص آخر أنه يتحلل من التزاماته، لأنه كان يقصد شخصاً ثالثاً يتميز بخواص معينة، كأن يكون اعتقاده الأساسي أنه مليء ميسور الحال، فالقانون هنا لا يعول على صفات الشخص ـ مليئاً كان أو مفلساً ـ ولكنه يعتمد على نية العاقد»[2]. ففي قضية بولتون مع جونز[3] كان من عادة المدعي عليه التعامل مع شخص آخر، وحدث أن هذا الأخير باع المحل، وقام المدعي عليه بتوجيه طلب بضائع إلى الشخص الذي كان يتعاقد معه سابقاً، فقام المدعي بتنفيذ الطلبية، فرفض المدعي عليه أن يدفع ثمن البضائع، ودفع بأنه غير ملزم بالدفع بحجة أن الطلبية كانت موجهة لمن اعتاد التعامل معه، وأن العرض مقدم باسمه شخصياً، ولذلك رأت المحكمة أنه لا عقد بينه وبين المدعي عليه[4]، وهذا الغلط كان بين غائب وحاضر، ولا يختلف الأمر فيما لو كانا حاضرين مثل قضية (Hordman V. Booth)[5] التي تتلخص وقائعها في أن مندوب المدعين قد استدعى إلى أحد المكاتب حيث تقابل مع (إدوارد) فادعى هذا الأخير أنه عضو في الشركة، وبهذه الصفة أوحى إلى المدعين بإرسال بضائع إليه على عنوان الشركة مع تحرير الفاتورة باسمه، وفيما بعد رفع المدعون دعوى، وقضت المحكمة لصالحهم فقررت أن الغلط في التعرف على المتعامل معه يحول دون قيام العقد بين المدعين والمحتال، وألزمت المدعي عليه بالتعويض، فقال القاضي (بولوك) في هذه القضية: «من الواضح أنه ليس هناك عقد، لأن المدعين ظنوا أنهم يتعاملون مع الشركة، حيث

---

(١) راجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٠٠).

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٥).

(٣) قضية:

Boulton V. Jones (1957) 271 J. Ex. 117.

(٤) حيثيات القضية السابقة.

(1863) 1 H VC 863.

(٥) قضية رقم:

عنونوا رسائل البضاعة باسمها، لذلك فليس هناك اتفاق بين الموردين، والشركة الأخيرة أيضاً»[١]. ويرى بعض الفقه أنه لا يكفي أن يثبت الطرف الذي يطعن في العقد أنه لم يقصد التعاقد مع الشخص الذي أبرم معه العقد، بل يجب عليه فضلاً عن ذلك أنه قصد إبرام العقد مع شخص ثالث[٢]. لكن هذه الوسيلة ليست هي الوحيدة، فمثلاً الرفض الصريح السابق في التعامل مع المتعاقد معه ربما يعطي دليلاً كافياً على أن هذا المتعاقد كان على علم بأنه لا نية له في التعاقد معه[٣]. ومن جهة أخرى لا يكفي في الإثبات مجرد نية ـ أ ـ في التعامل مع ـ ب ـ إذ ربما تتغير هذه النية ففي قضية (King's . . .)[٤] لم يستطع المدعي أن يثبت أنه لم يقصد التعامل مع المدعي عليه في شأن عرض مقبول، فقد كان صاحب شركة طلب بضاعة من آخر على ورق يوحي بأنها شركة رائجة، ولها فروع في الخارج، وقد نفذ الآخر الصفقة، ثم قام صاحب الشركة ببيعها لجماعة حسنى النية، لكنه لم يرد إليه ثمن البضائع، وبادر الطرف المتضرر بالطعن في عقد البيع على أساس أن المقصود كان التعامل مع الشركة التي تخيلها من خلال الورق والتي لا وجود لها بحجة الغلط، والتحايل غير أن هذا الدفع لم يأت بنتيجة، وقد ذكر القاضي (سميث) في حيثيات هذا الحكم: أن العبرة بمن انصرفت النية إلى التعاقد معه. فمن كتب الطلبية؟ ولذلك فإن هناك تعاقداً بين المدعي وبين من كتب الطلبية[٥]. أي كانت هناك نية واضحة في التعاقد مع كاتب الطلبية على الرغم من أن المدعي ربما انصرفت نيته عن التعامل معه إذا كان على علم بحقيقة شخصيته، وفي قضية (Phillips V. Brooks)[٦] كان شخص يدعى (نورث) قد دخل محل جواهرجي، واشترى لؤلؤاً وخاتماً، وعند توقيعه على الشيك قال: أنا (سير جورج) وأعطى البائع عنواناً، وتأكد البائع من العنوان، وكان قد سمع بشهرته ثم لما انكشف له الأمر طلب إبطال

---

(١) حيثيات القضية السابقة ص (٨٠٦ ـ ٨٠٧).

(٢) انظر: جيشر مع فيفوت، المصدر السابق ص (١٩٨)؛ ومقالاً بهذا الخصوص بقلم (J. Htylor)، ورد في مجلة Mc. R. للقانون الإنجليزي العدد (١) ص (٢٥٩)؛ وولسون، المصدر السابق ص (١٠٧).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) قضية:

King's Norton Metal Co. V. Edridse (1897) 14 T.L. P. 98.

(٥) من حيثيات القضية السابقة. وراجع ولسون، المصدر السابق ص (١٠٨).

(٦) قضية رقمها:

(1919) 2 K.B. 243.

العقد، لكن المحكمة رفضت طلبه بحجة أن نيته كانت منصرفة إلى أن يبيع ويسلم للشخص الماثل أمامه، ومثل هذا الغلط لا يمنع من نشأة العقد[١]، ولا شك أن الموقف كان يتغير فيما لو كان (نورث) المحتال يدرك أن البائع لن يبيعه إلا لشخص سير[٢].

ولم يقف القضاء الإنجليزي عند ترتيب الأثر على الغلط في شخص المتعاقد بل قد رتب الأثر على الغلط في صفته في بعض العقود ففي قضية (Sowler V. Pottr)[٣] الشهيـرة التي ثار حولها كثير من الجدل والنقد قضى القاضي ببطلان عقد الإيجار، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن (أنا روبنسون) قد أدينت في مايو **١٩٣٨** في جرائم مخلة بالأمن ونحوه في مقهى لها وكانت وقتها تدير المقهى باسم (آن بوثر) ثم استأجرت من المدعية صاحبة الملك محلاً لاستخدامه مطعماً باسمها الثاني، وكانت المدعية لا تعلم أن (آن بوثر) هي (أنا روبنسون) صاحبة القضية السابقة حيث إنها لو كانت تعلم بحقيقة شخصيتها التي تتصف بهذه الأوصاف لما كانت قد أجرت لها المحل، فقضى القاضي (توكر) ببطلان عقد الإيجار على أساس أن صاحبة الملك وهي تؤجر يهمها أن تعرف شخصية المستأجر، وأن هذا عنصر مهم في شخصية المستأجر»[٤]. غير أن الفقيه (ولسون) أبدى تشككه في سلامة هذا الحكم بخصوصه فقال: «ومن الصعب التوفيق بين الحكم الصادر في هذه القضية، والأحكام الصادرة في القضايا السابقة وملاحظات قاضي التحقيق تثير شكاً وخلطاً في مبدأين متميزين ومنفصلين، فلو أن صاحبة العقار لم يكن في نيتها التأجير لو علمت بصحة شخصية المستأجرة فمعنى هذا أنه لم يكن في نيتها التأجير لو علمت بصحة شخصية المستأجرة فمعنى هذا أنه لم يكن في نيتها إطلاقاً أن تؤجر بالاسم الحقيقي للمستأجرة، ولذلك فالخطأ في الشخصية يترتب عليه منع نشأة العقد، ولما كانت المؤجرة (صاحبة العقار) لم يسبق لها أن رفضت للمدعي عليها نفسها محلاً للسكنى، كما أنها لم تقدم ما يثبت محاولتها أن تصون سمعتها من أية احتمالات لذلك من الصعب الوصول إلى رأي نهائي بشأن صحة نيتها حسبما يستدل من ظروف القضية... لذلك يمكن القول بأن

---

(١) من حيثيات القضية السابقة.

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٩).

(٣) قضية رقمها:

(1940) 1 K.B. 271.

(٤) من حيثيات القضية السابقة.

الغلط في التعرف على الشخصية يمنع نشأة العقد عندما يثبت أن الواعد لم يكن يقصد الدخول في تعاقد الموعود، وأن الموعود كان يعلم بهذه النية»[١].

ونلاحظ أن هذه الحلول السابقة للغلط في القضاء الإنجليزي حلول تجريبية تختلف في بعض الأحيان من حالة لأخرى وهي حلول لا تنبع من اعتبار الغلط عيباً في الرضا، بل فرضتها قواعد العدالة كما أنها تطغى عليها القواعد العامة في القانون العام بخصوص قواعد العرض والقبول باعتبار أن العرض من ـ أ ـ لم يوجه نحو ـ ب ـ في الحقيقة وإنما وجه نحو شخص ثالث، ولذلك لا يعتد الفقه والقضاء في إنجلترا بالغلط إلا إذا أدى إلى هذا الخلل.

٤ ـ الغلط في محل العقد:

لقد تصور الفقه الإنجليزي الغلط في محل العقد في عدة صور منها: غموض طبيعي في المحل وذلك في قضية (رفليز. . .)[٢] التي تتلخص وقائعها في أن المدعي قد وافق على أن يبيع للمدعي عليه (١٢٥) بالة من القطن كان من المقدر أن تصل على ظهر باخرة الشحن (بيرليس) قادمة من بومباي، وتصادف أن غادرت بومباي سفينتان بنفس الاسم إحداهما في أكتوبر والأخرى في ديسمبر، وقد رفض المدعي عليه قبول البضاعة على أساس أن المقصود هو الباخرة التي أبحرت في أكتوبر في حين أن البالات تم شحنها على الباخرة التي أبحرت في ديسمبر، يقول ولسون: «وفي مثل هذه الظروف من الصعب جداً أن تطبق المحكمة اختياراً موضوعياً للرضاء، لأنه ليس في نصوص العقد ما يشير إلى نية أطراف العقد في الشحن على أي من السفينتين»[٣]، ومع ذلك حكمت المحكمة بأن العقد لم ينشأ لوجود الغلط في المحل[٤]، وقد يرد الغلط في المحل في بعض القضايا التي تحتوي على الغموض مثل كلمة (Corr) التي تعني القمح عند الإنجليز في حين تفهم لدى الأمريكين بالذرة.

ونشأ غموض مشابه لابس قضية (هيندلي. . .)[٥] التي تتلخص وقائعها في أن

(١) ولسون، المصدر االسابق ص (١١٠ ـ ١١١).

(٢) قضية:

Plaffles V. Wichelhaus (1864) 2 H. 1 C. 906.

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٠١).

(٤) حيثيات القضية السابقة.

(٥) قضية:

Scriven V. Hindley (1913) 3 K.B. 564.

المدعي كان قد أصدر أمره إلى وكيل المزاد أن يبيع عدداً من البالات. . . ولكنه لم يحدد محتوى البالات، وباع الوكيل في أول فرصة كمية من بالات ألياف الكتان وادعى المشتري أنه أخطأ في الشراء، وأنه كان ينوي شراء ألياف قُنَّب (ألياف يصنع منها الحبال والدوبار) فقضى المحلفون أن المدعي عليه كان في نيته شراء قنب في حين كان في نية وكيل المزاد أن يبيع ألياف الكتان، ولم يكن أي من الطرفين يعرف حقيقة نوايا الآخر، وأدى الاختبار القضائي الموضوعي إلى الكشف عن الغموض الذي أدى إلى الوقوع في الخطأ، وعلى ذلك أصدر القاضي حكمه لصالح المدعى عليه على أساس أن طرفي التعاقد لم يكونا على اتفاق فيما يتعلق بموضوع الصفقة[١]، ونشأ غموض في المحل في قضية أخرى[٢] حيث كان محل العقد شحنة من القمح بواسطة الباخرة (سالونيك) الإنجليزية غير أنه في اللحظة التي تحقق فيها اتفاق الطرفين لم يعد القمح موجوداً من الوجهة التجارية حيث كانت شحنتها قد أفرغت وبيعت في تونس لكن العاقدين جهلا هذه الظروف. . . فقرر مجلس اللوردات أن العقد باطل، ولم يشر الحكم إلى فكرة الغلط[٣]. غير أن القانون الإنجليزي الخاص ببيع البضائع الصادر في (١٨٩٣) قد اعتبر ذلك غلطاً، وأن الطرفين قد اشتركا في غلط يتعلق بمحل العقد[٤].

غير أنه يلاحظ أن إدخال هذه القضايا في الغلط ومعالجتها على ضوء الغلط تعتبر فكرة غير دقيقة، ولا سيما بمقياس النظرية الحديثة للغلط في الفقه اللاتيني، لكن لا بأس حيث إن لكل قانون منهجه الخاص في المعالجة والمصطلحات.

كما أن الفقه الإنجليزي قد كيف بعض هذه القضايا على أساس عدم المطابقة بين العرض والقبول[٥].

٥ ـ الغلط في صفة الشيء:

نجد تطبيقاً في قضية (سميث. . .)[٦] التي تتلخص وقائعها في نزاع أساسه بيع

---

(١) حيثيات القضية السابقة ص (٥٦٦).

(٢) وهي قضية:

Couturier V. Hastie (1856) 5 H.I.C. 673.

(٣) من حيثيات القضية االسابقة.

(٤) انظر: الفصل السادس من هذا القانون حيث اعتمد على هذه القضية واعتبرها غلطاً في المحل كما اعتمد على قضية أخرى شبيهة بها، وهي قضية حصلت في (١٨٥٢) رقمها: (7EX ch. 200).

(٥) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٢).

(٦) قضية: Smith V. Hushes (1871) 1 R. 6 Q. B. 597.

كمية من الشوفان (نوع كالشعير وتشيع زراعته في أوروبا الوسطى) وكان المدعي عليه قد ادعى أن نيته كانت منصرفة إلى شراء الشوفان من المحصول القديم، في حين أن الصفقة التي بيعت له كانت من الشوفان من المحصول الجديد ولم يذكر أحدهما هذه الصفة أثناء التعاقد، فقررت المحكمة الملكية[1] أن توجيه قاضي الموضوع للمحلفين حول مسألة الغلط لم يكن بشكل مناسب ما لم يكن قد ميز بين «الاتفاق على التعامل على الشوفان على أساس أنه قديم، والاتفاق على التعامل على نفس الأساس ولكن بناء على عقد مكتوب»[2]. ففي الحالة الأولى يكون الغلط مسألة دافع، ولا يمنع ذلك من نشأة العقد حتى ولو كانت الحقيقة معروفة لدى الطرف الآخر، وعلى افتراض أن البائع يرغب المشتري في الصفقة، وقد اتفق الطرفان على الصفقة، واعتمد المدعي عليه أن الشوفان من محصول قديم، وكان هذا دافعاً له على الشراء، وفاته أن يدرج هذا الشرط كتابة في العقد، وكل ما يمكن قوله هو أن نية الطرفين لم تكن متطابقة بالنسبة لنوعية المحصول، ولكن كان التطابق منصرفاً على التبادل بينهما[3]. ومع أن خداع البائع للمشتري - حتى وإن كان عن طريق عدم إيضاح طبيعة البضاعة له - قد ينظر إليه باعتباره مسلكاً لا يتفق مع مبادىء الأخلاق إلاّ أن القانون يهتم فقط بنية المشتري في قبول البضاعة بالشروط المعروضة، ولا يتوغل في البحث عن الأسباب والدوافع. ثم إنه من ناحية أخرى يختلف الموقف فيما لو كان الغلط من شأنه أن يمنع المشتري من تكوين رأي يؤدي به إلى قبول العرض، فإذا كان اعتقاده أنه يتعاقد على الشوفان من المحصول القديم وأن البائع على علم بهذه الحقيقة فلا يقوم العقد، لأن شروط العقد عندئذ لا تتطابق مع شروط القبول، ولما كان توجيه القاضي للمحلفين جاء خلواً من هذا التمييز الأساسي لذلك قضت المحكمة الملكية بأن يعاد النظر في القضية من جديد[4]، فعلى ضوء هذه القضية أن إعادة النظر لم تكن لأجل أن الغلط في الصفة الأساسية لا يؤثر، بل لأجل قصور محكمة الموضوع في البحث والتمييز.

هناك حالتان لتطبيق هذا النوع من الغلط وهما:

١ - أن يكون الغلط من جانب واحد، وذلك حينما يقول أو يكتب أحد شيئاً نتيجة عدم الانتباه وهو يقصد غيره.

---

(١) المحكمة الملكية درجة استئنافية بالنسبة لمحكمة الموضوع وهي كانت تهتم بتطبيق قانون العدالة في الغالب.

(٢) من أقوال القاضي بلاكبورد في القضية السابقة ص (٦٠٨).

(٣) من أقوال القاضي كوك بورن في القضية السابقة ص (٦٠٦).

(٤) حيثيات القضية السابقة وراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٠٣ - ١٠٤).

٢ ـ أو أن يقع الغلط في الوثيقة المحررة التي تحدد شروط العقد بشكل يختلف عما انعقد عليه اتفاق الطرفين[١].

ففي الحالة الأولى ـ وهي الغلط من جانب واحد يعود الأمر إلى الطرف الذي وقع في الغلط حيث يمكنه التمسك به ليتوصل إلى الحكم بالبطلان المطلق، أو قابليته للإبطال ففي قضية (هارتج. .)[٢] التي تتلخص وقائعها في أن الخطأ كان يتعلق بسعر البضائع المباعة، وكان المدعى عليهم قد عرضوا على المدعي أن يبيعوه ٣٠ ألف جلد فرو بسعر معين لكل رطل من الجلد الفرو، في حين أن المقصود في نيتهم أن يكون البيع بالقطعة، وقد وضح من تقرير الخبير أن العرف الجاري في هذه التجارة هو التعامل على أساس سعر القطعة، وليس بالرطل وأن المفاوضات الأولية كانت على هذا الأساس، كما أن الفرق بين الطريقتين في الحساب كان كبيراً حيث يساوي الرطل منه ثلاث قطع منه، وبناء على هذه الحقائق قرر القاضي (سينجلتون) أن المدعي ـ وهو رجل معقول ـ كان على علم بغلط المدعي عليهم، ولذلك ما كان يتعاقد معهم على خلاف المقصود»[٣]، فالعرض قد تم الإفصاح عنه خطأ، وأن المدعي عليهم. . . قد أقنعوا المحكمة بأن المدعي ما كان ليعتقد حقاً في صحة نية العرض على النحو الخاطىء الذي ورد به، وبناء على ذلك صدر حكم المحكمة لصالح المدعي عليهم[٤].

يقول وليستون: «نفرض أن ـ أ ـ عرض على ـ ب ـ أن يبيعه عقاراً بألف جنيه في حين أنه كان يقصد أن يكون بيع العقار بألفي جنيه هذا الخطأ سببه تباين ما يدور في ذهنه، وبين ما عبر عنه، والفقه الإنجليزي على أن العقد لا ينشأ في هذه الحالة»[٥]. ومن أمثلة الغلط في التعبير من جانب واحد أيضاً قضية (ويبستر)[٦] التي تتلخص في

---

(١) المصادر السابقة؛ ود. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (١٦٦).

(٢) قضية:

Hartog V. Colinand Shields (1939), All E. 566.

(٣) من حيثيات القضية السابقة.

(٤) وراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١٠٤ ـ ١٠٥).

(٥) وليستون، المصدر السابق ص (٦٩)، وقد استند في رأيه هذا على موسوعة القانون الأمريكي الإنجليزي ص (٨٠٩).

(٦) قضية:

Webster V. Cecil (1861) 30 Bea V. 62.

أن المدعى عليه رفض خلال التفاوض مع المدعي أن يبيع عقاره نظير (٢٠٠٠) ألفي جنيه، وبعد ذلك كتب إليه عرض ملكه على أن يكون الثمن (١٢٥٠ ج) فجاء العرض خطأ حيث إنه كان يقصد (٢٢٥٠ ج) وقد قبل المدعي على الفور، ولكن عندما اكتشف المدعى عليه الخطأ رفض الاتفاق وامتنع عن تنفيذ العقد، وفي مثل هذه الظروف كان من الواضح أن المدعي على علم بغلطه، وبناء على ذلك رفضت المحكمة طلبه بصحة ونفاذ العقد، وذلك لأن مثل هذا الغلط يمنع من نشأة الاتفاق[١].

وفي الحالة الثانية إذا استطاع الغالط إقامة الدليل على أن الوثيقة التي يتمسك بها الطرف الآخر لا تتطابق مع حقيقة ما اتفقا عليه فإنه بإمكانه أن يطلب من القضاء الأمر بإجراء تصحيح الوثيقة ففي قضية (كردوك. . .)[٢] التي تتلخص في أن المتعاقدين قد اتفقا شفهياً على بيع مبنى معين بوحده دون الفناء الملحق به غير أن الوثيقة الناقلة للملكية التي كتب فيها هذا العقد قد ذكر فيها بيع الفناء مع الملحق أيضاً، ولما ثبت للمحكمة وقوع هذا الغلط أمرت بتصحيح الوثيقة[٣]، ويلاحظ أن التصحيح يعتبر علاج العدالة وتختص بنظره محكمة المستشار[٤].

شروط الغلط:

يستنبط مما استعرضناه من سوابق قضائية، ومما ذكرناه من آراء الفقه وتعليقاته عليها أن الغلط إنما يتحقق إذا توفرت فيه شروطه وهي:

١ ـ أن يكون الغلط فعالاً:

وقد فسر ذلك الفقه الإنجليزي بأن يتعلق الغلط بسبب أساسي من أسباب نشأة الحق بحيث لا يتسنى القول مع وجود هذا الغلط بأن هناك رضاء، أو أن يكون أساس الاتفاق متضمناً افتراضاً يثبت فيما بعد أنه لا أساس له وبعبارة أخرى أن ينجح الدفع بالإلغاء عند إثبات أن نية المتعاقدين لم تكن متفقة، بأن يكون القبول غير متفق وشروط العرض أي أن لا يكون هناك اتفاق حقيقي على شروط العقد، أو أن يكون لكن

---

(١) من حيثيات القضية السابقة.

(٢) قضية:

Craddock Brorv. Hant (1933) 2ch. 136.

(٣) من حيثيات القضية السابقة.

(٤) المصادر السابقة.

الشروط الأساسية يعارض بعضها البعض[1]. يقول ولسون: «ينجح الدفع في الغلط إذا استطاع الطرف المعني أن يثبت أن الالتزام الذي قصد أن يرتبط به يختلف في أساسه وطبيعته عن الالتزام الذي أراده، أو وقع عليه، وأنه لو كان يعلم بطبيعة العقد على حقيقتها لما تعاقد»[2].

٢ ـ وأن يكون الغلط مشتركاً:

اشترط القانون العام الإنجليزي هذا الشرط وقرر أن غلط أحد الأطراف لا يكفي لإبطال العقد إلا إذا اشترك معه في الغلط الطرف الثاني[3]. هذا هو المبدأ غير أنه قد خفف حتى في القانون العام حيث اكتفي بأثر غلط أحد العاقدين إذا كان الآخر يعلمه، أو كان من المفروض أن يعلم ذلك من خلال ظروف التعاقد[4]. غير أن القضاء استطاع أن يوسع بعض الشيء هذا المدار، ومكن الغالط في بعض الحالات من التمسك به ليتوصل إلى الحكم بالإبطال، يقول ولسون: «ومن الصعب وضع قواعد محددة لهذه الوسائل التي يقصد بها العلاج»[5]. مثلاً في قضية (مونسر. . .) لم يأخذ القضاء بالغلط الفردي، ورد الدعوى[6]، وكذلك في قضايا كثيرة[7]. لكن في قضية (تورنس. . .) السابقة حكمت المحكمة بإلغاء العقد مع أن الغلط فيها فردي حيث كان المشتري قد اشترى عقاراً وقال القائم بالمزاد أثناء التعاقد أنه مرهون لكنه لم يسمعه

---

(١) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٣ ـ ١٠٤ ـ ١١٨)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٦٩)؛ وانستون، المصدر السابق ص (٢٥٥).

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١١٢).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة.

وراجع: د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق ص (١٦٢).

(٥) ولسون، المصدر السابق ص (١١٨).

(٦) قضية:

Monser V. Back (1848) 6 Here 443.

التي تتلخص وقائعها في أنه أعلن عن بيع مساكن بالمزاد طبقاً لبيانات واردة بالإعلان ثم حاول المسؤول عن البيع أن يدخل تحفظات على البيانات المكتوبة، وقرأ القائم بالمزاد هذه التحفظات في جلسة تالية للمزاد، ولكن المشتري لم يأخذ علماً بها، ولما صارت المساكن في حوزته، ونما إلى علمه التحفظات رفع دعوى عدم الاعتداد بما جد من تحفظات لصالح البائع ولكن المحكمة المختصة قضت برفض الدعوى على أساس عدم جواز استفادة فرد من أخطاء غير مقصودة وواضحة».

(٧) وراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١١٩ ـ ١٢٠).

لضعف سمعه، فقدم الدعوى على أساس وقوعه في الغلط، وعدم معرفته بهذه الحقيقة فلم تتردد المحكمة في إلغاء العقد[1].

مدى أثر الإهمال واشتراط عدمه:

يثور التساؤل حول مدى اشتراط كون الغالط غير مهمل ولا مقصر في غلطه؟ والذي نصل إليه من خلال ما ذكرناه من السوابق القضائية أن البحث عن الإهمال في نظر القضاء الإنجليزي في القضايا الواردة بهذا الخصوص ليس جوهرياً ما دام الغلط فعالاً، ومشتركاً فكثير من القضايا السابقة لا تخلو عن نوع من الإهمال ففي قضية: (براج. . .)[2] قرر المحلفون أن فاعل التصرف مسؤول بالإهمال ومع ذلك قررت المحكمة أن الموقع على الرغم من إهماله يستطيع التمسك بالدفع على أساس الغلط، وبررت موقفها بأن الورقة التي وقع عليها تختلف بطبيعتها عن هذه التي اعتقد أنه يوقعها حتى قال قاضيها لورد (بوكاي): إن مسألة التقصير ليس لها دور إيجابي في مبدأ عدم صحة أساس التعاقد، إن الطريقة للتأكيد من التصرف هو تصرف المرء ذاته بمعنى هل كان قصد الموقع إقرار التصرف، أم هناك اختلاف بين النية والتوقيع[3]. غير أن هذا الحكم قد لاقى نقداً شديداً من قبل بعض المحاكم الأخرى حيث اقترحت محكمة الاستئناف حديثاً في قضية (هويارد. . .)[4] في سنة (١٩٦٣) وفي قضية (لي)[5] في

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) قضية:

Carlisle and Comher land Bragg (1911) K.B. 489.

وكانت هذه القضية تتلخص وقائعها في أن (ريج) قد أغرى (براج) على توقيع سند بادعاء أنه يتعلق بموضوع تأمين كان البحث بينهما قد جرى بشأنه في اليوم السابق، وحقيقة السند أنه كان ضماناً صادراً من (براج) على غير علم بمحتواه لصالح (ريج) في البنك، وبناء على هذا الضمان أتيح للأخير أن يحصل على المزيد من القروض من البنك على حساب (براج) وقد اتضح للمحلفين أنه على الرغم من أن (براج) كان خالي الذهن من محتويات الوثيقة التي وقعها لكنه مقصر بسبب أنه وقع بدون أن يكلف نفسه مشقة قراءتها. . .».

وراجع: ولسون، المصدر السابق ص (١١٥).

(٣) من حيثيات القضية السابقة ص (٤٩٥).

(٤) قضية:

Maskham Finance Ltd. V. Howard (1963) All E.R. 81.

(٥) قضية:

Gallie V. Lee (1969) 1 ALL E.R. 1062.

(١٩٦٩): أن الحكم السابق في حالة (براج) يمكن أن يعاد تقديره على أساس آخر، وقررت أن الإهمال يجب أن يبعد العاقد الواقع في غلط نتيجة تقصيره عن التمسك بدفع أن الوثيقة قد وقعت نتيجة الغلط[١]، وقد أيد هذا الحل مجلس اللوردات في قضية (أنجل. . .)[٢] في سنة ١٩٧٠، ومن هنا يمكن القول بأن قضية (براج) لا تمثل الرأي السائد، ثم إن حكم محكمة الاستئناف وتأييد مجلس اللوردات له ليسا بدعاً في القضاء الإنجليزي بل نجد له بعض سوابق قضائية منها قضية (جيمس. . .)[٣] في سنة (١٨٨٠) التي تتلخص في أن بعض الأملاك قد طرحت للبيع، وعرضت وثائق البيع في المكان المخصص لإجراء البيع فيه، ثم اشتراها المدعى عليه بدون الإطلاع على الخرائط والأوراق، وبعد ذلك ادعى أنه اتفق على أساس اعتقاد خاطىء بأن العقار المعقود عليه كان ملحقاً به حديقة بحيث يشملها عند البيع فقضت المحكمة: أنه على الرغم من هذا الغلط إلا أن العقد سار منذ نشأته، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الرأي وقالت في حيثياتها: «إنه طالما أن وصف الأملاك لم يكن به غموض فإن المشتري الذي يفوته أن يولي الأمر كامل عنايته عند الشراء يجب أن يتحمل نتائج تقصيره»[٤]. وقال القاضي (بجلى) «حيث لا يوجد تحايل، أو انتحال لا يسمح له بتفادي التنفيذ بمجرد الإدعاء. . . وإذا سمح القانون بذلك فمن النادر أن ينفذ عقد ما دام أحد أطرافه غير راغب في تنفيذه مع أن الخطأ خطؤه بسبب عدم حرصه»[٥].

ولذلك يمكن القول بأن اتجاه القضاء الآن وقد سانده بعض سوابق قضائية[٦] نحو اشتراط أن لا يكون الغلط نتيجة لتقصيره، وقد أيد هذا الاتجاه جانب من الفقه الإنجليزي[٧].

---

(١) من حيثيات القضيتين السابقتين.

(٢) قضية:

Saunders V. Anglia Building Society ALL E.R. 961. (197 D).

(٣) قضية:

Tamplin V. James (1880) 15 Ch. D. 215.

(٤) من حيثيات القضية السابقة.

(٥) من حيثيات القضية السابقة ص (٢١٧ - ٢١٨). وراجع ولسون، المصدر السابق ص (٩٨ - ٩٩).

(٦) انظر بالإضافة إلى القضية السابقة:

Swan V. British. (1862) 7 H.V.N 603.

(٧) ولسون، المرجع السابق ص (١١٥).

الخلاصة والتحليل

يستفاد من كل ما استعرضناه من السوابق القضائية وتعليق الفقه عليه أن القانون الإنجليزي لم يستطيع الوصول إلى نظرية عامة متكاملة للغلط، فمعالجاته لا تزال تتسم بروح المعالجة الفردية، وليس في هذا ضير، فهذا أسلوبه ومنهجه في المعالجة، فالقضاء على الرغم من أنه لم يقف عند الحدود الضيقة للقانون العام بخصوص الغلط، لكنه لم يستطع أن يخرج عن منهجه التجريبي الفردي، نعم قد تطور في الجزاء حيث لم يعرف القانون العام جزاء على الغلط الفعّال سوى البطلان المطلق، لكن القضاء استطاع أن يقرر جزاء يتسم بطابع أكثر مرونة وهو جعل العقد قابلاً للإبطال(١)، وإن كان هذا ليس عاماً أو لا ينظمه ضابط عام، بل يعود إلى سلطة المحكمة التقديرية الواسعة، يقول ولسون: «إن المحاكم ترفض الالتزام بالحدود الضيقة للغلط في القانون العام وتمنح سبل علاج في الأحوال التي لم يقدم فيها القانون العام حلاً من هذا القبيل، والرأي السائد أنه لا يجوز أن يستفيد طرف من غلط الطرف الآخر بحسن النية، وللطرف الآخر المتعاقد حق الاختيار إما برفض التعاقد والتنفيذ على النحو المتفق عليه، أو في حالة الخلاف الشديد يمكن تنحية الاتفاق جانباً»(٢).

كما أن القانون الإنجليزي لم يصل إلى اعتبار الغلط كعيب في الرضا بل كيف حلوله على ضوء القواعد العامة للعرض والقبول والشروط التي تحكمها، فكل تعليلات القضاء وحتى الفقه وإن كانت تصرح بوجود الغلط لكن لدى التحليل تعود إلى أن العرض الموجه من ـ أ ـ إلى ـ ب ـ مثلاً، لم يعتد به لعدم التلاقي على أساس التعاقد نفسه أو على شروطه الأساسية، يقول ولسون ـ وهو من كبار فقهاء الإنجليز ـ «ينجح الدفع بالغلط عندما يتسنى إثباته، والتدليل عليه في نية طرفي العقد كأن يكون القبول غير متفق مع شروط العرض»(٣). ويقول أيضاً: «ومع أن خداع البائع للمشتري . . .

(١) ولسون، المصدر السابق ص (١٢١)؛ انسون، المصدر السابق ص (٢٥٥)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢١).

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١٢١). كما اقترح أن تتسم المحاكم بطابع أكثر مرونة مما هي عليه فقال: «كلما توافرت المرونة في سبيل العلاج كلما تمكنت المحاكم من أن يكون لها دور أكثر إيجابية في إيجاد حل للخطأ، وذلك عن طريق تقديم حل بديل، فإما تصحيح العقد والاتفاق ليتفق مع النية الصحيحة لطرفي العقد، وإما ينحى الاتفاق جانباً».

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٠٣). وقد عرض لتأييد هذه النظرية عدة قضايا.

سلوك لا يتفق ومبادىء الأخلاق إلا أن القانون يهتم بنية المشتري في قبول البضاعة بالشروط المعروضة ولا يتوغل في البحث عن الأسباب»(١). ويقول أيضاً: «إن أثر الغلط يمنع نشأة العقد، ونستطيع أن نبدأ من منطلق آمن بافتراض أن العقد لا ينشأ ما لم يكن قبول كل طرف متفقاً مع العرض الذي يقدمه الطرف الآخر»(٢)، فالقانون الإنجليزي لا يعرف سوى الغلط المانع ولا يعرف الغلط الدافع أو الغلط على ضوء النظرية الحديثة ولذلك لا ينكر الفقه هذا الغموض الذي يكتنف الغلط، وهذه النظرة السائدة التي لا تتجه نحو الغلط باعتباره عيباً، فاقتنع الاتجاه السائد فيه إلى أن يحل محل الغلط المانع المأخوذ به في القانون العام تصوير الغلط باعتباره عيباً في الرضا كما اقترح هذا الاتجاه أن يتسم القضاء بمرونة أكثر من خلال المرونة في سبيل العلاج وذلك عن طريق حلول بديلة عن البطلان المطلق كتصحيح العقد، وقابلية العقد للإبطال(٣).

وأخيراً فإن معيار الغلط في القانون والفقه الإنجليزيين ليس معياراً ذاتياً بحتاً كما هو الحال في الغلط على ضوء النظرية الحديثة، ولا معياراً موضوعياً بحتاً كما هو الحال في الغلط على ضوء النظرية التقليدية، وإنما هو معيار الشخص المعتدل بعدما يقوم القضاء بالاختبار الموضوعي للرضاء، أي معيار ممزوج من المعيارين. يقول ولسون: «عادة تطبق المحكمة فحصاً موضوعياً لنشأة العقد، ويطلق على هذا الفحص «الاختبار» ويجري الحكم على نوايا أطراف العقد من الألفاظ المستخدمة في صياغة وسلوك الأطراف حسبما يفسره الشخص العادي متوسط الذكاء (الشخص المعقول)»(٤).

الغصن الثاني

الغلط في الفقه الإسلامي

لم تنل «نظرية الغلط» بهذا الاسم العناية والرعاية اللتين لاقتهما نظريتا الإكراه، والتدليس، لكن ذلك لا يعني أن الفقهاء المسلمين لم يبحثوا عنها، أو لم ترد في

---

(١) المصدر السابق ص (١٠٤).

(٢) المصدر السابق ص (٦٧).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٢١)؛ وانسون، المصدر السابق ص (٢٥٥)؛ والمصادر السابقة.

(٤) ولسون، المصدر السابق ص (٩٨، ١٠٠). وراجع وليستون، المصدر السابق ص (٢٠).

كتبهم، فقد ذكروا لفظ «الغلط» بمعنى الخطأ، كثيراً، وبمعنى عدم إدراك الشيء على حقيقته، وعالجوا أحكامه بعناية كاملة بل الخلاف في الرد بالغلط وارد منذ عصر التابعين فقد روى ابن حزم بسنده «أن القاسم بن عبد الرحمن أنه رد البيع من الغلط، ولم يرده الشعبي. . »[1]. كما عقد الحنفية باباً سموه بـ: «دعوى الغلط في القسمة»[2]. وقال الخليل في مختصره، والدردير في شرحه عليه: «. . . ولا فرق بين حصول الغلط بالمعنى المذكور ـ أي جهل اسم المبيع ـ من المتبايعين أو من أحدهما مع علم الآخر وهذا في غير الوكيل، وإلا رد بالغلط مطلقاً. . . »[3]. وذكر الخرشي[4] والدسوقي[5] أن المراد بالغلط في ذات المبيع جهل اسمه الخاص وحقيقته المتضمنة لذلك، فالغلط واقع في الاسم الخاص، والتسمية واقعة بالاسم العام». وذكر النووي كثيراً من مسائل الغلط، فقال: «فرع في وقوع الغلط في النية أذكر فيه ـ إن شاء الله تعالى جملة مختصرة. . . »[6]. كما ذكر السيوطي كثيراً من مسائل الغلط في الأشباه[7]. وقال ابن قدامة المقدسي: «وإن بان أنه غلط على نفسه خير المشتري بين رده وإعطائه ما غلط به»[8].

ومن جهة أخرى فحينما نرجع إلى تطبيقات الفقه الإسلامي للمسائل التي يسميها الفقه الوضعي بالغلط نرى أن الفقه الإسلامي قد عالجها بدقة من خلال عدة بدائل، وقدم لها حلولاً كثيرة، فقد ارتبط الغلط ارتباطاً وثيقاً بخيار العيب وخيار الشرط، والوصف، وخيار الرؤية، كما أن مسائله تتنازعها نظريات الجهل والخطأ في الأصول والفقه[9]، ونحن هنا نذكر تعريف الغلط في اللغة، والاصطلاح الشرعي، ثم نذكر

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٤٥٥).

(٢) الهداية للمرغيناني مع شرح العناية وتكملة فتح القدير (٨/٢٠).

(٣) مختصر خليل مع شرحه الكبير للدردير (٣/١٣٩ ـ ١٤٠)؛ ومع شرحه للخرشي (٥/١٥٢).

(٤) شرح الخرشي على المختصر (٥/١٥٢).

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٣٩).

(٦) المجموع للنووي (١/٣٣٥).

(٧) الأشباه والنظائر (ص ٢٠٨ ـ ٢٢٢).

(٨) العمدة مع شرحه العدة ص (٢٣٢).

(٩) يراجع: الشيخ أبو زهرة، نظرية العقد ص (٤٥٩)؛ والشيخ الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١٤٩)؛ والشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١٠٢)؛ د. السنهوري، مصادر الحق (٢/١٠٤)؛ والشيخ محمد سلام مدكور، المدخل ص (٦٣١)؛ والوجيز ص (٢٢٨)؛ ود. =

أنواع الغلط المتصورة على ضوء تقسيمات الفقه الحديث فنذكر الحلول التي أوردها الفقهاء المسلمون لها متضمنة أحكام الجهل والخطأ لعلاقتها الوثيقة بالغلط، ثم نتبع ذلك بخلاصة مع التحليل والموازنة.

أولاً: التعريف بالغلط

الغلط ـ محركة ـ أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه من غير تعمد، ويقال: غلط في منطقه، وفي الحساب أي أخطأ وجه الصواب فيه[1].

والفقهاء السابقون إذا استعملوا الغلط فهم يريدون به الجهل بالشيء، أو الخطأ فيه فقد قال الخرشي، والدسوقي «المراد بالغلط في ذات المبيع جهل اسمه الخاص...»[2]، في حين أن المراد به في كلام بعض فقهاء الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5]: الخطأ إما في الحساب أو في المحل، أو في الوصف. قال النووي: «قال أصحابنا: إذا غلط في نية الوضوء فنوى رفع حدث النوم وكان حدثه غيره صح بالاتفاق... ولو غلط في الآذان وظن أنه يؤذن للظهر وكانت العصر...»[6].

هذا وقد ذكر الباحثون المعاصرون تعريفات للغلط، فقد عرفه الشيخ أبو زهرة: بأنه: «أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه كمن يشتري داراً على أنها مبنية بالآجر فتبين أنها مبنية باللبن»[7]. ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع حيث لا يشمل إلا الغلط في المحل. ويقول الأستاذ محمد سلام مدكور: «نقصد بالغلط هنا أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة، أو وصف غير حقيقته التي هو بها»[8]، وهذا التعريف أيضاً لا يشمل الغلط في شخص العاقد مع أنه

= عبد الكريم زيدان، المدخل ص (٣٥٣)؛ ود. أحمد فراج، الملكية ص (٣٢٠)؛ ود. يوسف قاسم، مبادىء الفقه الإسلامي ص (٣٠٥)؛ وبحر العلوم، رسالته السابقة ص (٤٦٤)؛ وصبحي المحمصاني، المصدر السابق ص (٢/١٦٧).

(١) القاموس المحيط (٢/٣٩٠)؛ ولسان العرب ص (٣٢٨١)؛ والمصباح المنير (٢/١٠٤).

(٢) شرح الخرشي على المختصر (٥/١٥٢)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٣٩).

(٣) الهداية مع تكملة فتح القدير (٨/٢٠).

(٤) المجموع (١/٣٣٥).

(٥) العمدة مع شرحه العدة ص (٢٣٢).

(٦) المجموع (١/٣٣٥)؛ والمصادر السابقة.

(٧) الشيخ أبو زهرة، نظرية العقد ص (٤٥٩).

(٨) الأستاذ محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ص (٦٣٠)؛ والوجيز ص (٢٢٨).

معتبر كما سيأتي، كما أنه يلاحظ أن الغلط بهذا المعنى ليس له تأثير في الفقه الإسلامي ـ كما صرح هو به ـ إلا إذا أظهره[1]، مع أن التعريف ليس فيه أي إشارة إلى هذا القيد الأخير، فعلى هذا يكون التعريف غير منسجم مع اتجاه الفقه الإسلامي ـ كما سيأتي ـ الذي لم يعترف بأثر الغلط بمعنى التصور فقط، بل في الحقيقة إنه تعريف للغلط في المحل على ضوء تصور الفقه الوضعي له.

ولذلك فالتعريف الراجح في نظري الذي يستنبط من الأمثلة التي ذكرها الفقه الإسلامي هو: عدم المطابقة بين ما يقوله الشخص أو يكتبه، وبين الواقع المقصود بدون تعمد، لأنه إذا كان بتعمد يكون كذباً وهو أيضاً يؤثر في العقد ـ كما سبق ـ وهذا التعريف عام لكل غلط في العقود وغيرها من العبادات كما هو وجهة نظر الفقه الإسلامي في ذكره الغلط شاملاً لجميع ما يقع فيه الغلط من فروع الشريعة، وإذا أردنا أن نعرف الغلط في العقود نقول: هو: عدم مطابقة التعبير للواقع المقصود لدى العاقد دون تعمد.

والتعريف بهذا المعنى شامل لجميع أنواع ما يقع فيه الغلط من محل، أو شخص، أو نحوهما، فالغلط في المحل على ضوء تعريفنا هذا هو أنه حينما يقول أو يكتب: بعتك هذه الشاة فإذا هي نعجة فقد خالف الواقع ما قاله، أو كتبه فإذا كان متعمداً فيكون كذباً وخيانة وتغريراً، وإن كان بدون تعمد فهو الغلط والخطأ، وفي الحالتين يؤثر في العقد ـ على التفصيل الآتي ـ وهذا التصوير هو المطلوب في الفقه الإسلامي، لا مجرد التصور، وكذلك الأمر في الغلط في الشخص وغيره.

ثانياً: أنواع الغلط المتصورة في الفقه الإسلامي

١ ـ الغلط في المحل (المعقود عليه)

وهو أن يظهر المعقود عليه بعد تمام العقد أنه مخالف لما وقع عليه العقد ذاتاً، أو وصفاً[2].

وقد اشتهر هذا النوع في الفقه الإسلامي بفوات الجنس، أو الوصف المرغوب

---

(١) الأستاذ مدكور، المدخل ص (٦٣١). حيث قال: «فإذا تصور العاقد هذا في نفسه دون أن يظهر عقيدته. . . فالعقد صحيح ولا أثر مطلقاً لما كان يعتقده في نفسه ما دام لم يغرر به أحد، ولم يظهر هذه العقيدة للطرف الآخر».

(٢) عيسوي أحمد، المدخل للفقه الإسلامي، ط. دار التأليف القاهرة ص (٥٢٥)؛ وبحر العلوم، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (٤٧٨).

فيه، وهو أبرز أنواع الغلط وأكثرها بروزاً، وقبل أن ندخل في تفصيلات هذا النوع أحب أن أشير إلى أن اتحاد الجنس، أو اختلافه له دور بارز في الخطأ، فقد صرحوا بأنه إذا وقع العقد على عبد فظهر أنه جارية بطل العقد، لاختلاف الجنس، وإذا وقع على نعجة فظهرت أنها كبش لم يبطل، لاتحاد الجنس، لكنه يتخير، لفوات الوصف[1]. وهنا يثور التساؤل حول المعيار الذي أخذ به الفقه الإسلامي في اتحاد الجنس، واختلافه، هل هو المعيار المشهور في علم المنطق[2]؟ للإجابة على هذا التساؤل: أنه لدى الرجوع إلى كتب الفقهاء نرى أنهم يقصدون باتحاد الجنس بين شيئين اتحاد الأغراض بينهما وتقاربها، وباختلاف الجنس بينهما اختلاف الأغراض وتفاوتها، فالمعيار في ذلك معيار موضوعي مرن يختلف من شيء إلى آخر دون النظر إلى ذاتية الشيئين وأصلهما، فمثلاً أن الخل والدبس المصنوعين من العنب ـ على الرغم من كون أصلهما واحداً ـ يعتبران جنسين مختلفين باعتبار أن الغرض من الخل يختلف تماماً عن الغرض من الدبس، فلا يستغني أحدهما عن الآخر عند الحاجة إلى أحدهما، وأكثر من ذلك فالذكر، والأنثى يعتبران جنسين مختلفين في الإنسان عند الجمهور[3]، لاختلاف الغرض المقصود بكل منهما، حيث أن الغرض من شراء العبد غير غرض شراء الجارية، في حين يعتبران جنساً واحداً في البهائم، لعدم تفاوت الأغراض فيها، حيث إن المقصود من شراء الحيوان ـ ذكراً كان أو أنثى ـ هو الانتفاع بلحمه في المأكولات في الغالب، أو الحمل والركوب في الخيل، والبغال ونحوهما، فالذكر من نوع واحد كالضأن، أو المعز، أو الفرس لا يعتبر جنساً مخالفاً من نفس نوعه، قال ابن الهمام: «وليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها تفاوتاً فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت منهما تفاوتاً فاحشاً بلا نظر إلى

(١) يراجع: مجمع الأنهر (٢/ ٦٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠)؛ والمهذب (١/ ١٨٧)؛ وكشاف القناع (٣/ ١٦٥)؛ والمحلى (٩/ ٤٥١).

(٢) الجنس عند المناطقة هو كلي مقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو؟ كالحيوان بالنسبة للإنسان.

انظر: التعريفات للسيد ص (٤٢)؛ وكشاف مصطلحات الفنون (١/ ٣١٩)؛ وايساغوجي للأبهري، المطبوع مع مجموع امهات المتون ص (٢٧٢).

(٣) خلافاً لزفر حيث اعتبرهما جنساً واحداً حتى في الإنسان والاختلاف بينهما يكون حينئذٍ بالوصف، باعتبار أن جنس الذكر والأنثى هو الإنسان، فالاختلاف بينهما بالوصف ـ أي النوع ـ وهو الإنسان المذكر، والإنسان المؤنث.

انظر: المبسوط (١٣/ ١٢ ـ ١٣)؛ ومجمع الأنهر (٢/ ٦٠).

الذاتي . . .»[١]. وقال البابرتي: «فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض دون الأصل»[٢]. قال العلّامة المرغيناني: «الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد، للتقارب فيها وهو المعتبر دون الأصل كالخل والدبس جنسان مع اتحاد أصلهما»[٣] وكذلك الأمر في بقية المذاهب[٤]، فعلى ضوء هذا المعيار ذكر الفقهاء أمثلة كثيرة حكموا عليها بالبطلان أو الفساد، أو الخيار، فلنذكر نصوص الفقهاء بهذا الخصوص. قال إبراهيم الحلبي، وداماد أفندي: «ولا يجوز بيع شخص على أنه أمة، فإذا هو عبد، وكذا عكسه استحساناً، والقياس جوازه وهو قول زفر، لأن الاختلاف بالذكورة والأنوثة اختلاف بالوصف، لأنهما وصفان في الحيوان، واختلاف الوصف يوجب الخيار لا الفساد، كما في البهائم، وجه الاستحسان: أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد، . . . فباختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين، ولو باع كبشاً فإذا هو نعجة صح ويخير، وجه الصحة، لأنه لا تفاوت في المقصود»[٥]. وقال في الفتاوى الهندية: «والأصل أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في العقد فوجد المشار إليه على خلاف المسمى إن كان الخلاف من حيث الجنس فالبيع باطل حتى إن من باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج كان البيع باطلاً[٦]، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالفه في الصفة فالعقد جائز، وللمشتري الخيار إذا رآه»[٧]. وذكر قاضي خان أنه لو باع شيئاً معيناً، وسماه باسم آخر بأن قال: بعتك هذا الثوب على أنه هروي فإذا هو مروي لا يجوز البيع، لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف الصفة، ثم اختلف الحنفية في أنه باطل أم فاسد؟ فقال بعضهم: هو باطل لا يملك بالقبض، وذكر الكرخي رحمه الله أنه فاسد. ولو باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو أشار إلى مملوك فقال:

---

(١) فتح القدير (٥/٢٠٦). وراجع مجمع الأنهر (٢/٦٠).

(٢) شرح العناية على الهداية (٥/٢٠٦ ـ ٢٠٧).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٥/٢٠٦ ـ ٢٠٧).

(٤) يراجع: مواهب الجليل (٤/٤٦٦)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤٠)؛ والوسيط للغزالي، بتحقيقنا (٢/٨٠٣)؛ ونهاية المحتاج (٤/٧٤)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٣٥).

(٥) ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر (٢/٦٠).

(٦) وقد علل صاحب بدر المتقى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر (٢/٦٠) ذلك بقوله، لأن المبيع معدوم.

(٧) الفتاوى الهندية (٣/١٤٠).

بعتك هذا الغلام فإذا هو جارية كان البيع باطلاً، لأنهما جنسان مختلفان[1]، وهكذا الأمر في التصرفات الأخرى[2].

هذا وقد لخص العلاّمة الدسوقي مذهب المالكية في هذه المسألة فقال: «والحاصل أن البائع إذا جهل ذات المبيع ـ أي لم يعلم اسمه الخاص به ـ فإن سماه باسم عام فلا رد، وإن سماه باسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد سواء كان مسمى باسم خاص آخر، أو كان مسمى بالاسم العام»[3]. ولنذكر بعض الأمثلة التي ذكرها فقهاء المالكية، فذكر الحطاب أنه سئل الإمام مالك عمن باع مصلى ثم قال المشتري: هو والله من الحرير، فقال البائع: ما علمت أنه من الحرير، ولو علمت ذلك ما بعته بهذا الثمن؟ قال مالك: هو للمشتري ولا شيء للبائع، ولو شاء استبرأه قبل بيعه، وكذلك الأمر إذا سمى الشيء باسم عام يصلح له مثل أن يقول: أبيعك هذا الحجر فإذا هو ياقوتة فيلزم البائع وإن علم المشتري أنها ياقوتة لكنه إذا سمى أحد العاقدين شيئاً بغير اسمه مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فيجدها زجاجة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري[4]. قال العلاّمة الخرشي: «والكلام فيما إذا كان البائع غير وكيل وإلا رد المبيع بالغلط بلا نزاع»[5]. وهذا الأمر لا يقتصر على البيع والشراء بل يتعداهما إلى غيرهما من التصرفات[6].

وأما الشافعية فقد أثبتوا أيضاً الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه، واختلفوا

---

(١) الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية (٢/١٣٤).
وراجع المبسوط (١٣/١٢ ـ ١٣). وذكر خلاف زفر في قصة الغلام حيث أنه ذهب إلى أن بني آدم ذكورهم وإناثهم جنس واحد. وراجع مجمع الأنهر (٢/٦٠)؛ وتبيين الحقائق (٤/٥٣).

(٢) يراجع تبيين الحقائق (٤/٥٣). هذا وقد ذكر ابن نجيم قاعدة في الفرق بين الصفة الأصلية، والصفة العارضة حيث إن الأصل في الأولى الوجود، وفي الثانية العدم فعلى هذا يتفرع: «أنه لو اشتراه على أنه خباز أو كاتب، وأنكر وجود ذلك الوصف فالقول له، لأن الأصل عدمهما، لكونهما من الصفات العارضة، ولو اشتراها على أنها بكر وأنكر قيام البكارة وادعاه البائع فالقول للبائع، لأن الأصل وجودها لكونها صفة أصلية».
يراجع: الأشباه لابن نجيم ص (٦٣ ـ ٦٤).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٤٠).

(٤) مواهب الجليل (٤/٤٦٦). ويراجع شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/١٥٢).

(٥) شرح الخرشي على المختصر (٥/١٥٢).

(٦) شرح الخرشي (٦/١٧٢ ـ ١٧٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٨٦).

في أثر فوات الجنس على رأيين: رأي يقول بالبطلان، ورأي يقول: بالخيار بين الرد والإمساك قال الشيرازي: «وإن اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فوجده أنه غير كاتب، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ثبت له الرد... وإن باع حيواناً على أنه بغل فوجده حماراً، أو على أنه حمار فوجده بغلاً ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيع صحيح، لأن العقد وقع على العين، والعين موجودة فصح البيع وثبت له الرد، لأنه لم يجده على ما شرط.

والثاني: أن البيع باطل، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر»[(١)].

وقد ذكر السيوطي قاعدة بهذا الخصوص فقال: «إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة... ولو قال: بعتك داري هذه وحددها وغلط في حدودها صح البيع»[(٢)]، وقال النووي: «ولو قال: بعتك هذا الفرس فكان بغلاً، أو عكسه ففي صحته وجهان: الأصح البطلان تغليباً للعبارة، لاختلاف غرض المالية، ومثله في النكاح لو قال: زوجتك هذه الفتاة العربية فكانت عجمية، أو عكسه، أو هذه العجوز فكانت شابة، أو عكسه، أو البيضاء فكانت سوداء، أو عكسه، وكذا المخالفة في جميع وجوه النسب، والصفات بالعلو والنزول ففي صحة النكاح قولان مشهوران:

---

(١) المهذب (١/٢٨٧). ويراجع: نهاية المحتاج (٤/٧٤)؛ وتكملة المجموع للسبكي (١٢/٣٢٩). وقال الزركشي في المنثور في القواعد (٢/٢٠): «أو باعه حيواناً على أنه بغل فبان حماراً، أو بالعكس، فإن الخلاف ثابت فيه.. لكن صححوا الصحة في صور أخرى... كما لو باع مال مورثه ظاناً حياته فبان ميتاً، أو شرط في أحد الزوجين وصفا فبان خلافه سواء كان أعلى من المشروط أو دونه...».

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٤٠). وذكر تطبيقات كثيرة لهذه القاعدة فقال: «ولو قال: زوجتك فلانة هذه فسماها بغير اسمها صح قطعاً، وحكى فيه وجه». وذكر السيوطي أنه إنما تغلب الإشارة على الاسم أو الوصف إذا لم يصغ على شكل شرط كالأمثلة السابقة، أما إذا صيغ الوصف، أو الاسم على صياغة الشرط فالعبرة بالشرط، فبين أن القاعدة السابقة في تغليب الإشارة يستثنى منها صور منها: «... ولو قال خالعتك على هذا الثوب الهروي، أو هروي فبان خلافه صح ولا رد له، بخلاف ما لو قال: على أنه هروي، فإنه يصح ويملكه وله الخيار، فإن رده رجع إلى مهر المثل وفي قول: قيمته، ولو قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي فأنت طالق فأعطته، فبان مروياً لم يقع الطلاق، لأنه علقه بإعطائه بشرط أن يكون هروياً، ولم يكن كذلك، فكأنه قال: إن كان هروياً...».

الأصح الصحة، ـ أي مع ثبوت الخيار[١] ـ والقول الثاني: البطلان رعاية لفوات الصفة»[٢]. وقال أيضاً: «ولو قال: بعتك الدار التي في المحلة الفلانية وحددها وغلط في حدودها لم يصح»[٣]، وكذلك الأمر في بقية التصرفات[٤]. وقد لخص النووي مسائل فوات الوصف فقال: «الصفات على قسمين أحدهما: يتعلق به غرض مقصود، والخلف فيه يثبت الخيار وفاقاً أو على الخلاف. والثاني: لا يتعلق به غرض مقصود ففواته لا يؤثر»[٥]. وقال البهوتي الحنبلي: «ولو قال البائع: بعتك هذا البغل بكذا فقال ـ أي المشتري ـ اشتريته فبان المشار إليه فرساً أو حماراً لم يصح البيع، ومثله بعتك هذا العبد فبان أمة، أو هذا الجمل فبان ناقة ونحوه فلا يصح البيع للجهل بالمبيع»[٦]. قال المرداوي: «الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله، أو الرهن به، أو صفة في المبيع نحو كون العبد كاتباً، أو خصياً، أو صانعاً، أو مسلماً، أو الأمة بكراً، أو الدابة هملاجة ـ أي سريعة السير ـ والفهد صيوداً فيصح الشرط بلا نزاع فإن وفى به... وإلا فلصاحبه الفسخ... وإن باعه داراً على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل... وعنه أنه صحيح... ولكل واحد منهما الفسخ...»[٧]. وأما الظاهرية فلم يفرقوا بين فوات الجنس، أو الوصف المرغوب فيه قال ابن حزم: «ولا يجوز بيع شيء لا يدري بائعه: ما هو وإن دراه المشتري، ولا ما لا يدري المشتري، ما هو وإن دراه البائع، ولا ما جهلاه جميعاً... كمن اشترى زبرة ـ أي قطعة ـ يظنها قزديرا فوجدها فضة، أو فصا لا يدري: أزجاج أم ياقوت؟ فوجده ياقوتاً، أم زمرداً، أو زجاجاً، وهكذا في كل شيء، وسواء وجده أعلى مما ظن، أو أدنى... كل ذلك باطل مفسوخ أبداً لا يجوز لهما تصحيحه إلا بابتداء عقد برضائهما...»[٨].

---

(١) الغاية القصوى (٢/٧٤٢).

(٢) المجموع للنووي (١/٣٣٥ ـ ٣٣٦).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) يراجع تفصيله في: الروضة (٥/١٠٩ ـ ١١٠)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٤٠) وما بعدها.

(٥) تكملة المجموع (١٢/٣٣١)، نقلاً عن النووي بإيجاز.

(٦) كشاف القناع (٣/١٦٥).

(٧) الإنصاف (٤/٣٤٠، ٣٦٠ ـ ٣٦٢).

(٨) المحلى (٩/٤٥١).

خلاصة الآراء في الغلط في الجنس، أو في الوصف مع الترجيح

فعلى ضوء ما سبق: أن في الغلط في الجنس ـ المصطلح عليه فقهياً ـ ثلاثة آراء:

الرأي الأول: القول بالبطلان، وهذا مذهب الحنفية ما عدا الكرخي[1] والشافعية في الوجه الراجح[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4].

الرأي الثاني: القول بالفساد وهذا مذهب الكرخي[5].

الرأي الثالث: القول بعدم اللزوم فيكون للطرف الذي وقع عليه الغلط الخيار، وهذا مذهب المالكية[6] ووجه للشافعية[7] والإمامية[8].

وأما الغلط في الوصف ففيه رأيان:

الرأي الأول: القول بالبطلان وهو مذهب الظاهرية[9] ورأى غريب للشافعية[10].

الرأي الثاني: القول بعدم اللزوم، وإثبات الخيار، فهذا مذهب الجمهور[11].

هذا وقد قيد بعض الباحثين[12]، هذا الخلاف في فوات الوصف بالتصرفات التي تقبل الفسخ وعلى هذا فالعقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح في نظرهم لا يؤثر فيها فوات الوصف. ويلاحظ عليه بأن تصنيف التصرفات على هذا الترتيب، خاص بالحنفية وبعض أصحاب مالك فالنكاح عند غيرهم يقبل الفسخ ـ كما سبق ـ قال ابن تيمية: «وقول من قال من أصحاب أبي حنيفة ومالك وغيرهم: «إن النكاح لا يقبل الفسخ» لا دليل عليه، بل الكتاب، والسنّة، والآثار، والقياس تدل على نقيضه، وأن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله ﷺ وأكثر السلف، والخلفاء الراشدون أثبتوا الفسخ بالعيوب»[13].

---

(١) (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) المصادر السابقة أنفسها.

(٧) المهذب (١/٢٨٧)؛ وتكملة المجموع (١٢/٣٢٩).

(٨) المكاسب ص (٢٨٨)؛ وتحرير المجلة لكاشف الغطاء (٢/١٧٨ ـ ١٧٩).

(٩) المحلى لابن حزم (٩/٤٥١).

(١٠) قال السبكي في المجموع (١٢/٣٢٩): «إن الحناطي حكى قولاً غريباً: «إن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع».

(١١) المصادر السابقة أنفسها.

(١٢) الأستاذ الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٤٦١).

(١٣) قاعدة العقود ص (١٥٥).

والذي يظهر لنا رجحانه[1] هو القول القائل بأن فوات الجنس يؤدي إلى البطلان، وفوات الوصف يؤدي إلى إثبات الخيار وذلك لأن العقد عند فوات الجنس يصبح بلا محل ومعقود عليه فيكون عقداً على معدوم، أو أنه بيع مجهول حيث أن البائع أو المشتري يجهلان حقيقة المعقود عليه، ولا شك أن بيع المجهول باطل.

وأما عند فوات الوصف فأشبه ما يكون بخيار الشرط حينما لا يتحقق فيه المشروط فيصح العقد لوجود المحل المعلوم، ولا يلزم من هذا الخلل القول بالبطلان بل يلزم إثبات الخيار ليتدارك المتعاقد المتضرر ما فاته، وكخيار العيب حينما يجد المتعاقد نقصاً في المعقود عليه يكون له الخيار.

٢ - الغلط في الشخص

سبق أن ذكرنا أن الفقه الوضعي لا يعبأ بالغلط في الشخص إلا إذا كانت شخصية العاقد نفسها محل اعتبار، وإذا نظرنا إلى العقود التي تكون شخصية العاقد فيها محل اعتبار وقد أثر فيها الغلط في الفقه الوضعي نجد أن الفقه الإسلامي قد عالجها أيضاً بأسلوبه الخاص فأعطى التأثير للغلط في بعضها، ففي عقد النكاح اشترط الفقهاء أن يكون كل واحد من الزوجين معيناً إما بالاسم أو بالإشارة، أو بالوصف المعين لكن عند اجتماعها واختلاف مدلولاتها تقدم الإشارة على الاسم والوصف، لأنها أبلغ، وكذلك يقدم الوصف على التسمية، فلو كانت لشخص أكثر من بنت فقال: زوجتك بنتي هذه زينب، فبانت أنها فاطمة انعقد النكاح على فاطمة، لأن الإشارة في باب النكاح أبلغ من الاسم، ولو قال: زوجتك بنتي الكبرى - واسمها زينب مثلاً - وذكر اسم بنته الصغرى - واسمها فاطمة - صح النكاح على الكبرى بناءً على الوصف، وحمل ذكر الاسم فيه على الخطأ، وفيه رأي أنه يبطل العقد حينئذٍ، أما إذا قال: زوجتك بنتي زينب - أي الكبيرة - وقصد تزويج الصغيرة، أو بالعكس صح النكاح على الصغيرة إن كان الزوج قد قصد تزويجها، ولغت التسمية، ولو قال الزوج: قصدت الكبيرة وصدقه الولي لم يصح العقد، لأنه قبل غير ما أوجب[2].

والراجح هو أنه لا بدّ وأن يتفق الإيجاب مع القبول، وأن يكون محل قصد

---

(١) سبق من خلال عرض النصوص أن كل مذهب ذكر لنفسه أدلته ولذلك لا داعي لإعادته مرة ثانية.

(٢) يراجع في تفصيل هذه المسألة وما يدور حولها من خلاف: فتح القدير (٢/٢٤٥)؛ والروضة (٧/٤٤)؛ والشرح الكبير (٢/٣٦٧)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٣٥ - ١٣٧)؛ والمحلى لابن حزم (١٠/٥٢٠).

العاقدين واحداً، ولا يهم بعد ذلك الخطأ في التعبير أو التسمية، أو الإشارة ولا سيما أن عقد النكاح عقد مقدس يتقدمه عادة الخطبة ونحوها فيكون بالتأكيد العاقدان معلومين ومقصودين، فإذا حصل اختلاف جوهري متعمد بين الإيجاب والقبول لم ينعقد العقد، أما إذا كان نتيجة خطأ، وكان العاقدان متعينين لكن حصل خطأ في التسمية، أو في الإشارة، أو الوصف، فالعبرة بالقصد، لا بالخطأ، فلو كان الاتفاق على تزويج البنت الصغيرة المسماة فاطمة مثلاً ثم قال: زوجتك بنتي الصغيرة زينب ـ وهي الكبيرة مثلاً ـ لغا الاسم، وانعقد على من تم عليها الاتفاق وذكر لها الوصف، وهكذا، فالغلط في التسمية ليس له تأثير ما دام هناك قصد متفق عليه بين الطرفين.

وكذلك الأمر في الطلاق عند الأكثرين حيث رفع فيه الخطأ خلافاً للحنفية(١).

ويمكن أن يعالج الموصي إذا غلط في شخص الموصى له هذه القضية من خلال أن الوصية لا تصح خطأ قال الكاساني: «ومنها ـ أي من شرائط الوصية ـ رضا الموصي... فلا تصح وصية الهازل، والمكره، والمخطىء، لأن هذه العوارض تفوت الرضا»(٢)، كما أن الفقه الإسلامي أعطى للموصي الحق في الرجوع عن الوصية متى شاء(٣).

وفي عقد الشفعة أعطى حق الخيار للشفيع إذا أخطأ في شخص العاقد الذي تملك الشقص وذلك لأن الإسلام أعطى حق الشفعة في عقار ونحوه رعاية منه لتفادي الأضرار التي قد تنجم من شريك أو جار(٤) لا يرضى أن يكون معه أو بجنبه وحفاظاً على حريته وكرامته، فعلى هذا فشخص المشتري له اعتبار لدى الشفيع، فإذا وقع الشفيع في غلط في شخص المشتري فظنه شخصاً معيناً لا يتأذى بجواره ثم ظهر له أنه شخص آخر لا يرضى أن يكون جاراً له فلا يسقط هذا حق الشفيع، فقد نص

---

(١) انظر: تيسير التحرير (٣/٤٦)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣٦٧)؛ والروضة (٨/٥٤)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٣٧).

(٢) بدائع الصنائع (١٠ / ٤٨٤٨).

(٣) فتح القدير (٨/٤٣٨)؛ وبدائع الصنائع (١٠/٤٩٤٤)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/٤٢٤).

(٤) أثبت الحنفية الشفعة للشريك والجار في حين حصر الجمهور حق الشفعة على الشريك فقط.

راجع في تفصيل ذلك: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٤٠٦ ـ ٤٠٨)؛ والبحر الرائق (٨/١٤٣)؛ والعقود الدرية (٢/١٦٥)؛ والغاية القصوى (٢/٥٩٧)؛ وفتح العزيز بشرح الوجيز (١١/٣٦٤ ـ ٣٨٢)؛ وبداية المجتهد؛ والقوانين الفقهية ص(٢٤٦)؛ والكافي لابن عبد البر (٢/٨٥٦)؛ والمغني لابن قدامة (٥/٣٠٨).

الحنفية على أنه «إذا أخبر الشفيع أن المشتري فلان، فقال: قد سلمت له، فإذاً المشتري غيره فهو على شفعته، لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة فرضاه بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره، وهذا التقييد منه مفيد كأنه قال: إن كان المشتري فلاناً فقد سلمت الشفعة، فإذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه، وإن تبين أنه اشتراه فلان، وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الآخر، لأنه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر»[1].

ويقول الخرشي المالكي: «... وكذلك لا تسقط شفعته إذا أسقطها لأجل الكذب في المشتري - بكسر الراء - بأن قيل له: فلان اشترى نصيب شريكك فأسقط لذلك حقه ثم ظهر أنه غير الذي سمي فإن له أن يأخذ شفعته كائناً من كان الشخص، وكذلك لا تسقط شفعته إذا قيل له: إن فلاناً اشترى حصة شريكك في الشقص فرضي به وسلم شفعته لأجل حسن سيرة هذا المشتري، ثم علم بعد ذلك أن الشقص اشتراه هو وشخص آخر فله القيام بشفعته، لأنه يقول: إنما رضيت بشركة فلان وحده لا شركته مع غيره، ولو أخبر بتعدد المشتري فرضي ثم تبين أنه واحد فإنه يمضي ما حصل منه إلا أن يكون له غرض في التعدد...»[2].

وعلى هذا فالخطأ في شخص المشتري أو في انفراده أو في تعدده لا يسقط حق الشفيع، وهكذا الأمر عند الشافعية[3] والحنابلة[4]، وفي تقديري أن هذه المسألة لا تصلح مثالاً للغلط في شخص العاقد على ضوء الغلط في الفقه الوضعي، وذلك لأن الشفيع الغالط ليس أحد العاقدين، فالعقد تم بين المالك وآخر، فالكلام في عدم

---

(١) المبسوط (١٤/١٠٥)؛ والبحر الرائق (٨/١٤٤)؛ وملتقى الأنهر (٢/٤٨٥)؛ وشرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/٤٤٨).

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل (٦/١٧٢ - ١٧٣). وراجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٨٦).

(٣) قال النووي: «ولو كذب في تعيين المشتري فقال: باع زيداً فعفا، فبان عمراً، أو قال المشتري: اشتريت لنفسي فبان وكيلاً، أو باع رجلين فبان رجلاً، أو عكسه لم يبطل حقه، لاختلاف الغرض بذلك». الروضة (٥/١٠٩ - ١١٠).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٥/٣٢٧): «... أو اشتراه مشترٍ فبان أنه اشتراه لغيره، أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له، أو أنه اشتراه لإنسان - مثل زيد مثلاً - فبان أنه اشتراه لغيره، لأنه قد يرضى شركة إنسان دون غيره، أو أنه اشتراه وحده فبان أنه اشتراه مع غيره، أو بالعكس لم تسقط الشفعة، لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته...».

سقوط حق الشفيع إذا وقع في خطأ. وكذلك يؤثر الغلط في عقد الوكالة حيث إذا وكل شخص آخر ظناً منه أنه أهل للوجوب والأداء، ثم تبين أنه محجور عليه كان ذلك غلطاً في صفة جوهرية للشخص، وحينذاك لا نحتاج في الفقه الإسلامي إلى الرجوع إلى الغلط، لأن الوكالة عقد جائز غير لازم[1]، وليس الكلام في هذا وإنما الكلام فيما إذا تعامل شخص مع هذا الوكيل على ظن أنه كامل الأهلية ـ أي أن حقوق العقد المالية ترجع إليه ـ فظهر أنه ليس بكامل الأهلية ـ بأن كان صبياً مميزاً عند من أجاز ذلك وهم الحنفيـة، وبالتالي فترجع حقوق العقد إلى الموكل فوقع هذا الشخص في غلط يمس صفة جوهرية للوكيل فقد اختلف الفقهاء في ذلك فذهب أبو يوسف في رواية إلى أن المشتري من الوكيل ظاناً منه أنه غير محجور عليه ثم تبين أنه محجور عليه بالخيار إن شاء أجاز العقد وإن شاء فسخه وقد استدل على ذلك بأن الرضا شرط جواز التجارة وحلها، وهو قد اختل، لأنه لم يقدم على العقد إلا مع ظن أن العهدة على العاقد، وأن الحقوق ترجع إليه، فلما مات هذا الدافع اختل رضاه، وإذا اختل الرضا ثبت الخيار. هذا إذا لم يكن عالماً بما كان عليه الوكيل إما إذا كان عالماً بذلك فلا خيار له[2].

وذهب الحنفية في ظاهر الروايـة إلى أنه ليس له الخيار مطلقاً ـ أي سواء علم بأنه محجور عليه أم لا ـ ووجه ذلك أن الجهل بالحجر لا يعتبر عذراً، لأنه يمكنه الوصول إليه بسؤال، أو بقرينة الحال، ولا سيما إذا كان الوكيل الصبي، حيث إن الأصل فيه الحجر، فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً ليس ببعيد، ولذلك يعتبر الجهل به تقصيراً منه فلا يعذر كما لو كان عالماً به[3].

وعند غير الحنفية ومن معهم تكيف المسألة على تكييف آخر وهو أن توكيل الصبي غير جائز، إذ من شرط الوكالة أن يتمكن الوكيل بنفسه من ذلك التصرف، والصبي لا يستطيع ذلك في نظرهم على التفصيل السابق[4].

وفي عقد الإيجار ذكر الفقهاء نصوصاً تؤكد على أن شخص الأجيرة وصفاتها في

---

(١) تكلمة فتح القدير (٣/٦)؛ وبداية المجتهد (٣٠٢/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣٧٧/٣)؛ والروضة (٣٣٠/٤)؛ والغاية القصوى (٥٤١/١)؛ والمغني لابن قدامة (١٢٣/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٣٤٧٨/٧)؛ وشرح العناية مع تكلمة فتح القدير (١٥/٦ ـ ١٦).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) يراجع: بداية المجتهد (٣٠٢/٢)؛ والغاية القصوى (٥٤١/١)؛ والروضة (٢٩٨/٤)؛ والمغني لابن قدامة (١٢٤/٥).

وراجع لمزيد من التفصيل في تصرفات الصبي المميز: الفصل الأول في هذا الباب.

عقد الحضانة والإرضاع محل اعتبار كبير فقد نصوا على أن ولي الطفل إذا اتفق مع امرأة لإرضاع طفله، أو حضانته لمدة سنة مثلاً، ثم ظهر أنها حمقاء، أو سيئة الخلق أو السمعة، أو بذيئة اللسان، أو سارقة، أو مجنونة، أو مصابة بمرض بدني، أو عقلي، أو أو يتقيأ الصبي لبنها، أو ظهرت أنها حبلى فللولي، أو من ينوب عنه أن يفسخ العقد قبل مضي المدة[1]، وقد علل الحنفية ذلك بأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً للطرفين لكنها تنفسخ بمثل هذه الأعذار الخطيرة[2].

وقد ذكر الشيرازي والنووي أن «الإجارة تنفسخ بخلل يعرض في المعقود عليه مثل ما ينقص المنفعة كمرض الدابة»[3] كما ذكرا لبعض الشافعية رأياً ينص على أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان[4]. غير أن الفقهاء اختلفوا في تكييف هذه المسائل فذهب الحنفية إلى أن فسخ الإجارة في هذه المسائل يعود إلى أن الإجارة تنفسخ بهذه الأعذار وبالعذر الطارىء[5]. في حين ذهب الجمهور إلى أن الإجارة لا تنفسخ بالعذر الطارىء نفسه ـ شأنها في ذلك شأن العقود ـ بل تنفسخ بوجود عيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، أو وجود خلل في المنفعة[6].

٣ ـ الغلط في القيمة:

يقصد بذلك وقوع الغبن نتيجة الجهل بقيمة الشيء كأن يتصور أن المعقود عليه يساوي كذا في حين أنه لا يساوي ذلك وهذه المسألة تعالج في الفقه الإسلامي تحت نظرية الغبن، وقد سبق أن جماعة من الفقهاء اعتدوا بالغبن الفاحش مطلقاً ولا سيما المالكية الذين اعتدوا بالغبن الفاحش مطلقاً ما دام سببه يعود إلى جهل المغبون، أو عدم خبرته قال المواق: «الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق..»[7].

---

(١) يراجع: المبسوط (١١٩/١٥ ـ ١٢٢)؛ والبحر الرائق (٢٤/٨ ـ ٢٦)؛ ومجمع الأنهر (٣٨٧/٢)؛ والروضة (٢٣٩/٥)؛ والمهذب (٤٠٥/١)؛ والمغني لابن قدامة (٤٩٦/٥).

(٢) المبسوط (١١٩/٢٥ ـ ١٢٢)؛ والبحر الرائق (٢٤/٨ ـ ٢٦)؛ ومجمع الأنهر (٣٨٧/٢).

(٣) المهذب (٤٠٥/١)؛ والروضة (٢٣٩/٥).

(٤) المصدران السابقان.

(٥) المبسوط (١١٩/١٥، ١٢١)؛ ومجمع الأنهر (٣٨٧/٢).

(٦) بداية المجتهد (٢٢٩/٢)؛ والمهذب (٤٠٥/١)؛ والروضة (٢٣٩/٥)؛ والمغني لابن قدامة (٤٤٨/٥).

(٧) التاج والإكليل (٤٦٨/٤ ـ ٤٦٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (١٤١/٣)؛ والبهجة في شرح التحفة (١٠٦/٢ ـ ١٠٧).

٤ ـ الغلط في التعبير:

وذلك كأن يريد الشخص أن يقول: فعلت كذا وكذا، أو غسلت هذا الشيء فيسبق لسانه فيقول: بعتك هذا الشيء، أو يريد أن يقول لزوجته: أنت طاهرة، فيسبق لسانه فيقول: أنت طالق ـ مثلاً ـ فهذا يسمى في الفقه الإسلامي بالخطأ، وبحثه الأصوليون بإسهاب فنذكر ما يتعلق بموضوعنا بإيجاز.

فالخطأ ـ بفتح الخاء والطاء ـ لغة هو مالم يتعمد، وضد الصواب، والخطأ ـ بكسر الخاء وسكون الطاء ـ ما تعمد، والإثم والخطيئة الذنب[١]، وفي القرآن الكريم: ﴿ ومَنْ قَتَلَ مُؤْمناً خَطَأً. . . ﴾[٢] أي غير متعمد.

وفي الاصطلاح: هو وقوع الشيء من الإنسان من غير ما يقصده[٣]، وذلك بأن يقصد بفعله شيئاً فيصادف غير ما قصده، فعلى هذا فالفعل الواقع ـ من المخطىء ـ أو القول الصادر منه غير مقصود له بالذات وإن كان قد قصد شيئاً[٤].

أثر الخطأ:

لا خلاف بين العلماء في أن الخطأ عذر صالح في رفع الإثم[٥] لقوله تعالى: ﴿ ولَيْسَ عَلَيكُم جُنَاحٌ فيما أَخْطَأْتُم بِه ولكِنْ ما تَعمَّدَتْ قلوبُكم وكانَ اللَّهُ غفوراً رحيماً ﴾[٦]، والحديث المشهور: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا

---

(١) لسان العرب ص (١١٩٢)؛ والقاموس المحيط (١/١٤)؛ والمصباح المنير (١/١٨٧).

(٢) سورة النساء: الآية ٩٢.

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: صدر الشريعة في التوضيح (٢/٣٨٨)؛ وتيسير التحرير (٢/٣٠٥ـ ٣٠٧)؛ وفتح الغفار شرح المنار (٣/١١٨)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٢/١٢٢)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢٠٦ ـ ٢١٧)؛ والتعريفات للسيد ص (٢٣)؛ وكشاف اصطلاحات الفنون (٢/١٧٣)؛ وتسهيل الوصول ص (٣٢٨).

(٤) قال صدر الشريعة في التوضيح (٢/٣٨٨): «الخطأ هو أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً». وعلق عليه التفتازاني في التلويح (٢/٣٨٨) بقوله: «وذلك لأن تمام قصد الفعل بقصد محله، وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل، وهذا مراد من قال: إنه فعل يصدر بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه».

(٥) المصادر السابقة.

(٦) سورة الأحزاب: الآية ٥. وراجع أحكام القرآن لابن العربي (٣/١٤٩٢).

عليه»[1]. كما أنه لا خلاف في أن الخطأ يصلح شبهة لدرء الحدود والقصاص[2]، وإنما الخلاف في أثر الخطأ في العقود حيث ذهب الحنفية إلى أن الخطأ في التعبير عن العقد لا يؤثر في العقود التي لا يؤثر فيها الهزل كالطلاق والنكاح والعتاق ونحوها، فلو قال أحد لزوجته: أنت طالق مع أنه كان يريد أن يقول: أنت قاعدة أو اقعدي لكنه سبق لسانه إلى الطلاق وقع طلاقه عندد الحنفية[3]. وقد كيف الحنفية ـ كما سبق ـ هذا الحكم من خلال أن الرضا ليس بشرط في هذا الصنف من العقود، وأما الخطأ في العقود المبنية على الرضا كالبيع والإجارة ونحوهما فيؤثر فيها الخطأ عندهم إذا صدقه الخصم، حيث يجعل العقد فاسداً، فلو أراد شخص أن يقول: الحمد لله، أو هيأت لك هذا الشيء فسبق لسانه فقال: بعتك هذا الشيء انعقد فاسداً[4]. أما إذا لم يصدقه الخصم فإن القضاء يحكم على ضوء ظاهر اللفظ[5].

وذهب الجمهور إلى أن العقد في الحالتين باطل إذا ثبت أنه كان في قوله مخطئاً[6].

استدل الحنفية على صحة طلاق المخطىء ونكاحه ونحوهما بأن هذه العقود مما لا تقبل الفسخ، وأنها مما لا يؤثر فيها الهزل بالحديث الثابت[7]، أي نقيس طلاق المخطىء ونكاحه على طلاق الهازل ونكاحه، فكما أن طلاق الهازل وهو غير قاصد للأثر يقع فكذلك المخطىء، جاء في تيسير التحرير: «ويقع طلاق المخطىء، لأن الغفلة عن معنى اللفظ

---

(١) الحديث بهذا اللفظ رواه ابن ماجه بسنده عن ابن عباس، ورواه الحاكم بلفظ: «تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» قال الحاكم: هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

انظر: سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق (١/٦٥٩)؛ والمستدرك للحاكم (٢/١٩٨).

(٢) المصادر الفقهية والأصولية السابقة.

(٣) تيسير التحرير (٢/٣٠٦)؛ والتلويح على التوضيح (٢/٣٨٨)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (٣/١١٩)؛ وتسهيل الوصول إلى علم الأصول ص (٣١٨). وراجع فتح القدير (٣/٤٥).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/٣٦٥). وجاء فيها أنه إذا أخطأ في اسم المبيع بأن أراد أن يقول: بعت هذا العبد فقال: هذه الجارية فعلى ما تلفظ به في القضاء.

(٦) يراجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٦٦)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٨)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٣٥ ـ ١٣٧)؛ وأعلام الموقعين (٤/٨٥).

(٧) وهو حديث: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة» سبق تخريجه.

خفي، وفي الوقوف على قصده حرج، لأنه أمر باطن، وله سبب ظاهر وهو العقل والبلوغ فأقيم تمييز البلوغ مقام القصد»[١]. ثم ذكر الحنفية بأن قولهم بفساد بيوع المخطىء ونحوها يعود إلى أن الرضا شرط للصحة في العقود المالية، فحينما ينعدم هذا الشرط يبقى الانعقاد مع الفساد ومن جهة أخرى قالوا: لا نسلم أن المخطىء غير قاصد، بل هو قاصد، أو أنيبت العبارة محل القصد، ويشهد لذلك أن المخطىء ضامن لمتلفاته[٢].

واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿ ولَيس عَلَيكُم جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكم ﴾[٣] وبالحديث السابق، كما استدلوا بأن المخطىء غير راض، ولا بقاصد مع أن الفعل لا يعتد به إلا إذا صدر عن رضا أو قصد.

وقد ناقش الجمهور أدلة الحنفية بأنه ـ أولاً ـ لا نسلم أن الطلاق والنكاح مما لا يقبل الفسخ على الإطلاق، فالنكاح مثلاً يقبل الفسخ بعيوبه المعتبرة ـ كما سبق ـ ولو سلم هذا فليس هناك التزام بين كون العقد غير قابل للفسخ، وبين كون الخطأ لا يؤثر فيه، وثانياً: إن قياس المخطىء على الهازل قياس مع الفارق، لأن الهازل قد قصد اللفظ وتعمده عن هزل وسخرية واستهزاء وإن كان لا يريد أن يترتب على قوله أثره، في حين أن المخطىء لم يقصد هذا اللفظ قطعاً، ولا أثره البتة بل قصد لفظاً آخر وأثره، وكان يريد أن يقول: مثلاً أنت طاهرة، فسبق لسانه فقال: أنت طالق[٤]، حتى أن ابن الهمام ـ وهو فقيه حنفي ـ لم يرتض بهذا القياس فقال: «والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى... بخلاف الهازل، لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ»[٥]، وثالثاً: إن قول الحنفية: «إن المخطىء قاصد» غير مسلم على الإطلاق، لأن المخطىء لم يقصد العبارة ولا الأثر مطلقاً بل هو كالنائم الذي يتكلم بإيجاب، أو قبول، ورابعاً: إن قضية ضمان المخطىء لمتلفاته لا تعود إلى

---

(١) تيسير التحرير (٢/٣٠٦). وذكر ابن الهمام في التحرير (٢/٣٠٦) أن الحكم بوقوع طلاق المخطىء إنما هو في الحكم والقضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فهي امرأته.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٥. وجه الاستدلال بهذه الآية واضح حيث إن الله تعالى رفع الإثم على الخطأ، وحصر المؤاخذة فيما يقصده القلب فإذا كانت المؤاخذة مرفوعة على الخطأ فهذا يعني أن الخطأ لا يترتب عليه الحكم الشرعي أيضاً.

(٤) وقد سبق في الفصل الأول من هذا الباب بيان عدم صحة قياس الخطأ على الهزل.

(٥) فتح القدير (٣/٤٥ ـ ٤٦).

وجود القصد، أو عدمه، وإنما تعود إلى أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام كما أن الضمان يعتمد على الفعل والوقوع فقط لا على اللفظ، والقصد، ولذلك قال الفقهاء: إن متلفات النائم أو المجنون مضمونة مع أنه لم يقل أحد بأنه قاصد(١).

ومن هذا العرض الموجز يظهر لي رجحان قول الجمهور بأن الخطأ في العقود لغو لا يترتب عليه أي أثر شرعي، وهذا ما عليه المحققون حتى من الحنفية. قال ابن الهمام: «والحاصل أنه ـ أي العاقد ـ إذا قصد السبب، أي اللفظ ونحوه ـ عالماً بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده إلا أن أراد ما يحتمله. وأما إذا لم يقصده، أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعاً وهو غير راض بحكم اللفظ فهذا ما تنبو عنه قواعد الشرع، وقد قال تعالى ﴿لا يُؤَاخِذكم اللَّهُ باللَّغْوِ في أَيْمانِكم﴾(٢)، وفسر بأمرين: أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فإلغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه، والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد إلى اليمين كأن يقول، لا والله، بلى والله(٣)، فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده إليه فهذا تشريع لعباده أن لا يرتبوا الأحكام على الأسباب التي لم تقصد، وكيف ولا فرق بين المخطىء وبين النائم عند العليم الخبير من حيث إنه لا قصد له إلى اللفظ ولا إلى حكمه»(٤).

٥ ـ الغلط في القانون (الجهل بأحكام الشريعة الغراء).

إن المتتبع لنصوص الشريعة يدرك بوضوح أن الجهل بأحكام هذه الشريعة لا يعتبر عذراً، لأن التقصير مفترض معه إلا إذا كان له مبرر مشروع ككونه حديث العهد بالإسلام، أو يعيش في دار الحرب أو في مسائل دقيقة لا يصل إلى العلم بها إلا المختصون(٥). قال القرافي: «إن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة

(١) المصادر السابقة جميعها. ويراجع: فتح القدير (٣/٣٨).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٥؛ وسورة المائدة، الآية: ٨٩. ويراجع: أحكام القرآن لابن العربي (١/١٧٦).

(٣) ذكر ابن العربي هذين التفسيرين للفظ «اللغو» في الآية السابقة في أحكام القرآن (١/١٧٦).

(٤) فتح القدير (٣/٤٦). وراجع تيسير التحرير (٢/٣٠٦).

(٥) فتح الغفار بشرح المنار (٣/١٠٥)؛ والرسالة للشافعي، تحقيق الشيخ أحمد شاكر ص (٣٦٠)، فقال: «العلم علمان: علم عامة لا يسع بالغاً غير مغلوب على عقله جهله... مثل الصلوات الخمس ونحوها.

والثاني: مما ليس فيه نص... وهذا ليس بواجب على العامة بل على الخاصة الذين يحتملون ذلك».

فعفا عن مرتكبها، وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها وضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه»[1]. هذا وقد ذكر بعض الفقهاء المسائل التي لا يعد فيها الجهل عذراً فبلغت أربعين مسألة أو تزيد»[2]. هذا وقد ذكر علماء الأصول أحكام الجهل بإسهاب نوجز القول فيها بقدر ما يتعلق بموضوعنا كالآتي:

فالجهل لغة: عدم العلم والمعرفة[3]، وفي الإصطلاح هو انتفاء العلم بجنس المقصود[4]. وهذا التعريف شامل لما لم يدرك أصلاً وما أدرك على خلافه، فعلى هذا فالجهل نوعان:

١ ـ الجهل البسيط وهو عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالماً.

٢ ـ والجهل المركب وهو الجزم بكون الشيء على خلاف ما هو عليه[5]، سواء كان في جزمه هذا مستنداً إلى شبهة، أو تقليد أم لا، والسبب في تسميته بالمركب هو أنه يتكون من جهلين جهل بالشيء على حقيقته وجهل بأنه جاهل بحقيقته[6]، قال السيوطي: «اعلم أن قاعدة الفقه أن النسيان والجهل مسقطان للإثم مطلقاً، وأما الحكم فإن وقعا في ترك مأمور لم يسقط بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه

---

(١) الفروق (١٥٠/٢).

(٢) فنظمها بعضهم في قصيدة مطلعها:

ثلاثون لا عذر بجهل يرى بها ... وزدها من الأعداد عشراً لتكملا

فأولها بكر تقول لعاقد ... جهلت بأن الصمت كالنطق مقولا

راجع هذه الأبيات في رسالة: ما لا يعد الجهل فيها عذراً المطبوعة بآخر الأشباه للسيوطي ص (٥٧١).

(٣) القاموس المحيط (٣٦٣/٣)؛ والمصباح المنير (١٢٣/١).

(٤) يراجع في تفصيل هذه المسألة: التلويح على التوضيح (٣٥٨/٢ ـ ٣٦٨)؛ وتيسير التحرير (٢١١/٤ ـ ٢٢٧)؛ وفتح الغفار بشرح المنار (١٠٢/٣ ـ ١٠٨)؛ وكشاف اصطلاحات الفنون (٣٦٢/١)؛ والتعريفات للسيد ص (٤٣)؛ والمنثور من القواعد للزركشي (١٢/٢ ـ ١٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٠٧ ـ ٢١٣)؛ والفروق للقرافي (١٤٨/٢ ـ ١٥١).

(٥) المنثور من القواعد (١٢/٢ ـ ١٣)؛ والتعريفات للسيد ص (٢٣)؛ والمصادر السابقة.

(٦) المصادر السابقة.

لعدم الائتمار، وإن وقعا على فعل منهي عنه ليس من باب الإتلاف فلا شيء عليه، أو فيه إتلاف لم يسقط الضمان فإن كان يوجب عقوبة كان ذلك شبهة في إسقاطها»[1].

أنواع الجهل:

ذكر الأصوليون أنواعاً كثيرة للجهل نوجز القول فيها، حيث قسموه باعتباره صالحاً للعذر أم لا إلى ثلاثة أقسام[2]:

١ ـ جهل لا يصلح أن يكون عذراً ولا شبهة كجهل الإنسان بالله تعالى وبرسالاته، وبوجوب الأركان الخمسة ونحوها[3].

٢ ـ جهل يصلح شبهة حيث يدرأ به الحد، كالجهل في موضع الاجتهاد، فمن جهل حكماً شرعياً ثابتاً بالاجتهاد لدى بعض الفقهاء يكون عذراً ما دام يوجد خلافه عند غيرهم[4].

٣ ـ جهل يصلح عذراً وشبهة كمن أسلم في دار الحرب فترك الصلوات جاهلاً بفرضيتها في الإسلام أو نحو ذلك، وكذلك يعد الجهل عذراً على الراجح إذا جهل الوكيل بعزله، أو المأذون برفع الإذن عنه فينفذ تصرفهما قبل العلم بالعزل، والحجر، وكذلك الشفيع بالبيع لا يسقط حقه.

كما قسم بعض الفقهاء[5] الجهل باعتبار ما يتعلق به إلى خمسة أقسام:

الأول: الجهل بصفة الشيء:

قال الزركشي: «الجهل بالصفة هل هو جهل بالموصوف مطلقاً أو من بعض الوجوه؟ المرجح: الثاني، لأنه جاهل بالذات من حيث بعض صفاتها، ومن ثم لا نكفر أحداً من أهل القبلة، وقد اختلف قول الشافعي فيما إذا نكح وشرط فيها الإسلام، أو في أحدهما النسب أو الحرية، فاختلف هل يصح النكاح؟ والقول بالصحة ـ وهو

---

(١) تفسير التحرير (٢١١/٤ ـ ٢٢٧)؛ والفروق للقرافي (١٢٨/٢ ـ ١٥١)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢١٩ ـ ٢٢٢).

(٢) وقسمه بعضهم إلى أربعة أقسام، تراجع في التلويح (٣٥٨/٢).

(٣) الرسالة للإمام الشافعي ص (٣٦٠).

(٤) يراجع: تيسير التحرير (٣٥٢/٤)؛ والمصادر السابقة.

(٥) كالزركشي في المنثور في القواعد (١٢/٢ ـ ٢٣). وراجع الأشباه للسيوطي ص (٢٠٩ ـ ٢١٣).

الجديد ـ مأخذه أن المعقود عليه معين لا يتبدل بالخلف في الصفة، والقول بالفساد مأخذه أن اختلاف الصفة كاختلاف العين»[١].

الثاني: الجهل بمعنى اللفظ:

فالجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه بالاتفاق[٢] في العقود التي تقبل الفسخ (العقود المالية) ومسقط لحكمه في العقود غير المالية كالنكاح والطلاق ونحوهما عند الجمهور[٣] خلافاً للحنفية[٤]، فإذا نطق أعجمي بلفظ: بعتك، أو نحوه ولا يعرف معناه لا يكون ملزماً بشيء وكذلك الجهل بالألفاظ الشرعية المصطلحة عليها مثل أن يقول شخص لزوجته: أنت طالق للسنة، أو البدعة وهو جاهل معنى «السنة» أو «البدعة» فلا يؤاخذ بمدلوليهما، ومثل التلفظ بلفظ الخلع وهو لا يدري معناه في الشرع، وكذلك الجهل ببعض المسائل النحوية الدقيقة، مثل مدلولي: «نعم» و«بلى» فالأول ـ في النحو ـ تصديق للمخبر نفياً وإثباتاً، والثاني إثبات للنفي[٥]، فلو قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال الآخر: بلى، أو نعم فإقرار، لأن عرف العامة لا يفرق بين مدلولي اللفظين في حين على مقتضى قواعد النحو لو قال: نعم فليس بإقرار، لأنه تصديق للنفي على ما هو عليه، وذهب رأي ضعيف داخل المذهب الشافعي إلى أن الجواب بنعم في المسألة السابقة لا يكون إقراراً[٦]. والخلاصة أن العامي يعذر جهله بالمسائل الدقيقة الغامضة[٧]، ويحاسب على ضوء العرف الجاري.

الثالث: الجهل بالشرط:

قال الزركشي: «الجهل بالشرط مبطل وإن صادفه فمن صلى جاهلاً بكيفية الصلاة لا تصح صلاته وإن أصاب. . . وكما أن من تطبب ولم يعلم منه طب يضمن

---

(١) المنثور في القواعد (٢/١٣).

(٢) فتح القدير (٣/٢٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٦٦)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٢/١٣)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٣٥ ـ ١٣٧)؛ والقواعد لابن رجب ص (٢٤٩).

(٣) المصادر السابقة عدا فتح القدير.

(٤) فتح القدير (٣/٤٥).

(٥) قال ابن الحاجب: «فنعم مقررة لما سبقها، وبلى مختصة بإيجاب النفي» كافية ابن الحاجب، المطبوع ضمن مجموع المتون، ط. عيسى الحلبي ص (٤٢٦).

(٦) المنثور في القواعد للزركشي (٢/١٤ ـ ١٥).

(٧) الرسالة للشافعي ص (٣٦٠)؛ والأشباه للسيوطي ص (٢١٠).

وإن أصاب»[1]. وعلى هذا لو وصف... دواءً لأبيه فاستعمله فمات لم يرثه إن كان جاهلاً بالطب، لأنه يعد قاتلاً، وإن كان عارفاً فلا»[2]، وكذلك الأمر في العقود والتصرفات.

الرابع: الجهل بالتحريم:

مسقط للحكم والإثم لقريب العهد بالإسلام ونحوه لكن إن علمه وجهل ما يترتب عليه لم يعذر[3]. وقد ذكر السيوطي ضابطة بهذا الخصوص فقال: «كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يقبل إلاَّ أن يكون قريب العهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفي فيها مثل ذلك، وكذلك كل من علم تحريم شيء وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك كمن ادَّعى... أنَّ البيع جائز لكنه ادَّعى الجهل بأنَّه ناقل للملكية....»[4].

الخامس: الجهل في حق الله تعالى:

قال الزركشي: «الجهل والنسيان يعذر بهما في حق الله تعالى المنهيات دون المأمورات، والأصل فيه حديث معاوية بن الحكم لما تكلم في الصلاة ولم يؤمر بالإعادة[5] لجهله بالنهي... والفرق بينهما أنَّ المقصود من المأمورات إقامة مصالحها، وذلك لا يحصل إلاَّ بفعلها والمنهيات مزجور عنها بسبب مفاسدها امتحاناً للمكلف بالانكفاف عنها وذلك إنَّما يكون بالتعمد لارتكابها، ومع النسيان والجهالة لم يقصد المكلف ارتكاب المنهي عنه فعذر الجهل فيه، ومن فروعها: «لو جاوز المريد للإحرام الميقات ناسياً لزمه الدم، بخلاف ما إذا تطيب ناسياً، لأنَّ الإحرام من الميقات مأمور به، والطيب منهي عنه لكن يشكل على هذا قص الأظافر فإنَّه منهي عنه ولو فعله ناسياً لزمه الدم... أما في حقوق الآدميين فقد لا يعذر كما لو ضرب مريضاً جهل مرضه ضرباً يقتل المريض يجب القصاص في الأصح...»[6].

(١) هذا حديث رواه ابن ماجه في سننه (١١٤٨/٢)؛ والحاكم في مستدركه (٢١٢/٤)، وقال صحيح الإسناد؛ والدارقطني في سننه (١٩٥/٣ ـ ١٩٦)؛ بسندهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن».

(٢) المنثور في القواعد (١٥/٢).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) الأشباه للسيوطي ص (٢٢٠). ويراجع: الوسيط للغزالي (٦٥٦/٢).

(٥) حديث معاوية هذا رواه مسلم في صحيحه (٣٨٦/١)؛ وأبو داود في سننه مع عون المعبود (١٩٨/٣)؛ وغيرهما.

(٦) المنثور في القواعد (١٩/٢ ـ ٢١).

والخلاصة أنَّ الجهل كقاعدة عامة لا يعتبر عذراً إلَّا ممن هو قريب العهد بالإسلام أو مثله، وإلَّا في المسائل الاجتهادية الدقيقة، فلا تقبل دعوى الجهل بأحكام المعاملات وغيرها إلَّا ما خفي عنها إلَّا على الخاصة قال الشافعي: «العلم علمان، علم عامة لا يسع بالغاً غير مغلوب على عقله جهله... مثل الصلوات الخمس ونحوها، والثاني: مما ليس فيه نص وهذا ليس بواجب على العامة، بل على الخاصة الذين يحتملون ذلك...»[1]، ولذلك فلا تقبل دعوى الجهل بثبوت الرد بالعيب والأخذ بالشفعة، وكذلك لا تقبل دعوى من يقول: علمت أنَّ البيع جائز لكن جهلت أنَّه ناقل للملكية، لكن لو ادَّعى العلم بثبوت الخيار، أو الشفعة لكنه قال: لم أعلم أنَّ ذلك على الفور يقبل، لأنَّ هذه الأمور مما يخفى عليه[2]، وأيضاً لوجود خلاف فيه حيث ذهب مالك إلى أنَّ الخيار فيهما على التراضي[3].

ثمَّ إنَّ نظرة الفقه الإسلامي في عدم قبول الجهل بأحكام الشريعة نابعة من أنَّ العلم بالأحكام العامة للشريعة فرض على كل مسلم ومسلمة حيث يجب عليهما تعلمها أو السؤال عنها، كما أنَّه يجب عليهما عند إقدامهما على التعامل أن يكونا على بيِّنة مما هو حلال أو حرام حتى لا يقعا فيه قال تعالى: ﴿فاسألوا أهلَ الذكْرِ إنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُوْنَ﴾[4]، فالقضية قضية الحل والحرمة، فلا يجوز للمسلم أن يقدم على شيء لا يدري هل هو حلال أم حرام، والقاعدة الفقهية قاضية بأن ما لا يتم الواجب إلَّا به فهو واجب.

ثمَّ إنَّ أعذار الجاهل في بعض الأمور ـ التي ذكرناها ـ من باب التخفيف فقط، فلا يعود إلى الجهل نفسه قال الشافعي: «لو عذر الجاهل لأجل جهله لكان الجهل خيراً من العلم، إذ كان يحط عن العبد أعباء التكليف، ويريح قلبه من ضروب التعنيف، فلا حجة للعبد في جهله بالحكم بعد التبليغ والتمكين، ﴿لِئلَّا يكونَ للنَّاس على اللَّهِ حُجَّةٌ بعدَ الرسل﴾[5]. فعلى هذا فالجهل لا يقبل عذراً إلَّا عند الضرورة.

(١) الرسالة للشافعي ص (٣٥٧ ـ ٣٦٠) بتصرف.

(٢) الأشباه للسيوطي ص (٢٢٠ ـ ٢٢١).

(٣) الفروق للقرافي (٢/١٤٩ ـ ١٥٠).

(٤) سورة الأنبياء: الآية ٧.

(٥) سورة النساء: الآية ١٦٥. وراجع قول الشافعي في: المنثور في القواعد (١٧/٢).

الخلاصة مع الموازنة والتحليل

بعد هذا العرض للنصوص الفقهية التي عالجت آثار الغلط كما هي في القانون الوضعي نرى أن تكييف الفقه الإسلامي يختلف كثيراً عن التكييف السائد في الفقه الوضعي، فالعلاج الإسلامي يتم تحت مظلة خيار العيب، أو خيار الوصف والاشتراط، أو تحت نظريتي الجهل والخطأ بالإضافة إلى خيار الرد بالغلط لدى جانب من الفقه الإسلامي ومع ذلك لا بدَّ أن لا نجرأ على القول بأنَّ الغلط في الفقه الإسلامي هو نفس الغلط الموجود في الفقه الوضعي ولا سيما على ضوء النظرية الحديثة له، صحيح أنَّ الفقه الإسلامي يعتني بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة لكن ذلك لا يعني أنَّه يعتني بالتوهم الذي يدفعه للتعاقد، فالفقه الإسلامي وإن كان يعتني - لدى جانب كبير منه - بالقصود، لكن ذلك لا يعني أنَّه يعبأ بالأغراض الكامنة في القلوب، والتي تتجه نحو نوعية الإفادة من المعقود عليه إن لم يكن فيها دلالة ظاهرة عليها، فالقاضي يستخلص الرضا الحقيقي في القضية التي وقع فيها الغلط على ضوء الفقه الوضعي من واقع القضية والتعبير، فالفقه الإسلامي يعتني بالغلط في المحل حينما يكون هناك دلالة على الرضا الحقيقي من خلال الإشارة أو الوصف فقد رأينا أنَّ الأمثلة التي أوردها الفقهاء في هذا الصدد تدور حول الاختلاف بين الإشارة، والتسمية، أو الوصف أو نحو ذلك، وبعبارة أخرى لا بدَّ أن يكون هناك دلالة على الرضا الحقيقي من واقع التعبير أو من الاتفاق الذي تمَّ قبل التعبير، أو من خلال الاشتهار فمثلاً من أقدم على استئجار شخص اشتهر بين الناس أنَّه خياط ماهر - مثلاً - فاستأجره على هذه النية، ثمَّ ظهر أنَّه نسي هذه المهنة ثبت له الخيار ولو لم يصرح بهذا الوصف بناء على الاشتهار يقول ابن نجيم: «اعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً، أو دلالة. . . وإن لم يكن - أي الوصف المعتبر - مشروطاً في العقد، وكانت - أي الجارية - تحسن الطبخ والخبز في يد البائع، ثمَّ نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها، لأنَّ الظاهر أنَّه إنَّما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة، وهو كالمشروط نصاً»[1]. وكذلك الأمر بالنسبة لمن اشترى ناقة فوجدها بعيراً فقد ذكر ابن عابدين أنَّ ذلك يختلف باختلاف العرف الذي يحكم الشخص، وطبيعة بيئته، حيث إنَّ الناقة أفضل من البعير في عرف الأعراب، وأهل البوادي، وأما أهل المدن والمكارية فالبعير عندهم أفضل[2]، بل إنَّ نوعية السوق لها دور بارز في تحديد المقصود فذكر الخطاب

---

(١) البحر الرائق (٦/٢٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٢/٩٤).

أنَّه: «قد قال بعض الشيوخ أنَّه إذا باع الحجر في سوق الجوهر فوجده حجراً كان للمبتاع القيام وإن لم يشترط أنَّه جوهر، وإن باعه في غير... سوق الجوهر لم يكن له قيام على هذا القياس»(١).

ومع كل ذلك فلا يصل مفهوم الغلط في الفقه الإسلامي إلى أن يكون مجرد توهم في ذهن العاقد يدفعه نحو التعاقد، فالغلط بهذا المعنى ـ وهو معناه في نظريته الحديثة ـ لم يعن به الفقه الإسلامي، فهو كما رأينا إنَّما يعتد بالغلط إذا ظهر المراد بالحقيقة إلى السطح الخارجي سواء كان بالقول، أو بالإشارة، أو بالوصف أو بالدلالة أو من خلال العرف الجاري، فالدليل المادي ضروري لتحقق أثر الغلط في الفقه الإسلامي، ولذلك فلسنا مع الذين يتكلفون(٢) ويتعسفون في صياغة نظرية متكاملة للغلط على غرار ما هو عليها في الفقه الوضعي، ونرى أنَّ في ذلك خروجاً عمَّا يتميز به الفقه الإسلامي من حيث الأسلوب والمنهج والتكييف للحلول والمعالجة، فاللجوء إلى نظريات الجهل والخطأ، وخيارات العيب، والوصف، والرؤية لاكتمال نظرية الغلط لا نرى أنَّ له مبرراً مقنعاً، فضلاً عن أنَّ الجزاء في هذه الأمور ليس جزاء واحداً في الفقه الإسلامي، فالجزاء على فوات الجنس هو البطلان، في حين أنَّ الجزاء على فوات الوصف هو عدم اللزوم، مع أنَّ جزاء الغلط في الفقه الوضعي على ضوء نظريته الحديثة واحد وهو البطلان النسبي، فهذه النظريات في الفقه الإسلامي من خطأ وجهل، وخياراتٍ متأصلةٌ، ومبينة شروطها وأحكامها، فليس بمسوغ أن تقحم كلها في الغلط وتصب فيه على الرغم من اختلاف جوهري في طبيعة كل واحد منها، وفي آثارها وجزائها، ثمَّ إنَّ علاج الفقه الإسلامي هذه المسائل على ضوء تلك النظريات من خصائص هذا الفقه أسلوباً ومنهجاً، وتكييفاً، ومن هنا فإنَّ أية محاولة لإذابة هذه النظريات، وصياغتها في نظرية واحدة لنصل إلى غرار نظرية الغلط في الفقه اللاتيني تعتبر في تقديري طمساً لمعالم هذا الفقه وإخفاء لشخصيته المتميزة، ولا يعتبر عدم وجود مثل هذه النظرية فيه نقصاً، أو قصوراً، فالقانون الإنجليزي لا يعرف نظرية الغلط المعهودة في الفقه اللاتيني كنظرية متكاملة لكنه عالج مسائلها من خلال حلول فردية، أو نظريات أخرى ـ كما سبق ـ بل إنَّ المحاكم الفرنسية لاحظت في الآونة الأخيرة خطورة التوغل في هذه النظرية، ووجدت نفسها مضطرة إلى الرجوع دائماً إلى نصوص العقد، للاستهداء بها، فصانت بذلك العقود من خطر الادعاءات الفاسدة(٣)، بل قد

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٤/٤٦٦ ـ ٤٦٧).

(٢) الأستاذ السنهوري رحمه الله في مصادر الحق (٢/١٠٤)؛ والأستاذ الزرقا في المدخل (١/٤٢٣).

(٣) يراجع: المصادر الفرنسية السابقة.

اشترط القانون اللبناني أن تكون «هذه الصفات داخلة في الاشتراط»[١]. وكذلك الأمر في القانون الألماني حيث اشترط أن يكون في العقد دليل على الاختلاف بين الإرادة والإعلان[٢].

فالغلط بمعنى التوهم ـ أو الوهم ـ الذي يدفع العاقد إلى التعاقد لا يقول به الفقه الإسلامي[٣]، وإنما المراد بالغلط في الفقه الإسلامي هو الخطأ البين الظاهر من خلال عدم المطابقة بين الواقع المقصود، والمعبر عنه، أو هو الجهل النافي للعلم بالحقيقة، وحتى لو صغنا نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي فإنَّه يختلف كثيراً عن الغلط في الفقه اللاتيني فيما يأتي:

أولاً: إنَّ المراد بالغلط ليس: «التوهم الدافع، أو الفكرة الخاطئة»، كما سبق.

ثانياً: إنَّ الجزاء على الغلط يختلف في الفقه الإسلامي عن الجزاء في الفقه الوضعي على ضوء النظرية الحديثة للغلط، فالجزاء على فوات الجنس هو البطلان المطلق في الفقه الإسلامي، وأنَّ الجزاء على فوات الوصف هو عدم لزوم العقد فيه، في حين أنَّ الفقه الوضعي على ضوء النظرية الحديثة للغلط لا ينظر إلى الجنس ولا إلى الوصف وإنما ينظر فيه إلى الدافع، كما أنَّه أبعد عن دائرة الغلط في نطاق عيوب الرضا الغلط المانع، ولذلك جعل الجزاء عليه هو البطلان النسبي وحتى على ضوء النظرية التقليدية للغلط فإنَّ الفقه الوضعي يختلف عن الفقه الإسلامي في التكييف والتفسير، فالمراد بالغلط المانع الموجب للبطلان هو الغلط في ماهية العقد كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنَّها قرض، وأخذها الآخر على أنَّها هبة، أو في ذاتية المحل أو في السبب، كما سبق[٤]. في حين أنَّ الفقه الإسلامي نظر إلى الجنس من

---

(١) صبحي المحمصاني، المصدر السابق (٢/١٦٤).

(٢) د. عبد الودود يحيى، الغلط في القانونين الألماني والمصري ص (٥٦).

(٣) يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف في مختصر أحكام المعاملات ص (١٤٩): «والغلط إما أن يكون باطنياً بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد وعليها أنشأ عقده ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه، وإنَّه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها وأما أن يكون مادياً، وذلك بأن تحوي صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة، وعلى أنَّ العقد نشأ بناء عليها وإن شئت قلت: أن ينعدم التطابق بين ما تدل عليه صيغة العقد وبين الأمر الواقع الموجود».
والغلط الباطني لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام، ويراجع في نفس المعنى: الأستاذ محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ص (٦٣١).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/٣٨٣)؛ والمصادر السابقة.

زاوية اختلاف الأغراض، أو اتحادها فوسع من دائرة اختلاف الجنس ليشمل كل ما هو يختلف مع آخر في الغرض المقصود حتى وإن كانا متفقين في الجنس بمعناه المنطقي ـ كما سبق، وأمَّا الفقه الوضعي ـ ولاسيما على ضوء النظرية الحديثة للغلط ـ فلم يول أي اهتمام لهذا الجانب، فقد يتفاحش التفاوت في المنفعة بل قد يختلف الجنس بهذا الاعتبار ومع ذلك يبقى الغلط غير مانع من تكوين العقد بل يقتصر على جعله قابلاً للإبطال[١].

ثمَّ إنَّ تكييف الفقه الإسلامي للغلط في الجنس، أو الوصف يختلف عن الغلط في الفقه الوضعي حتى لو اتَّحدا على جزاء واحد في مسألة معينة، فمثلاً، إنَّ الفقه الإسلامي يكيف بطلان العقد في حالة فوات الجنس على أساس أنَّ العقد فقد المحل المعقود عليه، ولذلك صرح الفقهاء المسلمون بأنَّ العقد حينئذٍ لم ينعقد أصلاً، لأنَّ المحل معدوم ـ كما سبق ـ في حين كيف الفقه الوضعي قابلية العقد للبطلان في حالة الغلط على أساس أنَّ إرادته معيبة، كما أنَّ عنصر الدليل المادي على وجود الخطأ شيء يمتاز به الفقه الإسلامي دون الفقه الوضعي.

وفي نطاق فوات الوصف المرغوب فيه جعل الفقه الإسلامي الجزاء عليه هو إثبات الخيار في حين أنَّ الجزاء على الغلط في الصفة الجوهرية على ضوء النظرية الحديثة للغلط هو قابلية العقد للبطلان ومن جهة أخرى أنَّ مفهوم الصفة الجوهرية لا يقف عند مفهوم «فوات الوصف المرغوب فيه» بل يمكن أن تندرج تحته، بل تمتد في بعض تطبيقاتها إلى منطقة الغلط المانع[٢]، ومن جهة ثالثة إنّ الفقه الإسلامي لا يعتد بفوات الوصف المرغوب فيه إلَّا إذا كان مشروطاً في صياغة العقد صراحة، أو دلالة أو إشارة ـ كما سبق ـ وعلى هذا ففكرة إثبات الخيار لا تعود في نظرنا إلى الغلط في الوصف بحد ذاته، بل تعود إلى الإخلال بشرط تضمنه العقد صراحة أو دلالة، فقد سئل الإمام مالك عمَّن باع مصلى فقال المشتري بعد العقد: أتدري ما هذا المصلى؟ هو والله من الحرير فقال البائع: ما علمت أنَّه حرير ولو علمت ذلك ما بعته بهذا الثمن

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق (٢/١٠٩). ويراجع: بحر العلوم، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (٥٠٦). وقد أورد الأستاذ السنهوري، المصدر السابق نفسه مثالاً فقال: «وأما في الفقه الغربي فقد يتفاحش التفاوت في المنفعة بل قد يختلف الجنس ـ يشتري شيئاً من فضة فإذا به من برونز ـ ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد، ويقتصر على جعله قابلاً للإبطال».

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٢/١١٢).

فأجاب مالك بأنَّه للمشتري ولا شيء للبائع[1]. وقد استعرضنا نصوصاً كثيرة بهذا الصدد، فالفكرة الخاطئة ليس لها أي تأثير ما دامت حبيسة الباطن ولم يظهر ما يدل عليها، فإذا ذهب شخص إلى تاجر الأقمشة ليشتري قماشاً من صوف فيرى قماشاً يظنه من الصوف فيشتريه دون أن يفصح عن نيته فيظهر أنَّه من القطن فالعقد صحيح لازم، ولا أثر مطلقاً لاعتقاده حتى ولو كان هو الدافع لتعاقده، لكن إذا نص صراحة وأظهر ما يعتقده فقال: اشتريت هذا القماش المصنوع من الصوف أو نحو ذلك فإنَّ العقد يتأثر به، ويختلف مدى التأثر على ضوء فوات الجنس، فيكون مصير الاتفاق حينئذٍ إلى البطلان، أو فوات الوصف المرغوب فيه فيكون إلى الخيار، كما أنَّه إذا كان قد ظهر في المعقود عليه عيب فيثبت الخيار.

ثالثاً: إنَّ الجزاء على الغلط في الشخص يعود في الفقه الإسلامي إلى فكرة الخطأ، وعدم المطابقة بين الإشارة، والمسمى أو الوصف فيكيف على ضوء عدم التوافق بين صيغة العقد نفسه، ولا يعود إلى فكرة التوهم الدافع للتعاقد، كما أنَّ اعتبارات خاصة للعاقد فرضت نفسها في بعض العقود، ففي عقد الشفعة يعود السبب في أنَّ غلط الشفيع في شخص العاقد مع المالك له تأثير إلى أنَّ الشرع أعطى هذا الحق له ـ وهو غير مالك ـ لحمايته من جار السوء الذي يضره، فإذا جهل الشفيع المشتري فلا يتحقق المطلوب، وفي عقد الإيجار الواقع على الظئر ـ المثال السابق ـ يكيف الخيار فيه على ضوء خيار العيب وليس على أساس الغلط بالإضافة إلى أنَّ الجزاء على الغلط في الشخص في الفقه الوضعي هو قابلية العقد للبطلان، في حين أنَّ الجزاء في الفقه الإسلامي هو ثبوت الخيار، أو البطلان المطلق ـ كما سبق ـ.

رابعاً: والغلط في القانون أوسع مدى من الجهل بالنصوص الشرعية ـ كما سبق ـ فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي في دار الإسلام هو عدم قبول الجهل كعذر، وذلك لأنَّ أحكام المعاملات جزء من الدين الإسلامي فلا يجوز الجهل به، ولأنَّه لو فتح هذا الباب لأدَّى إلى زعزعة استقرار المعاملات، وقلقلة التعاقد.

خامساً: وقد اتفق حكم الغلط في التعبير في الفقه الوضعي في نظريته التقليدية للغلط مع حكمه في الفقه الإسلامي حيث إنَّ جزاءه البطلان ما عدا الفقه الحنفي الذي لم يجعل للخطأ في الطلاق والنكاح ونحوهما أي أثر ـ كما سبق ـ.

---

(١) المواهب الجليل (٢/٤٦٦).

سادساً: الغلط في القيمة فهو يعالج في الفقه الإسلامي على ضوء نظرية الغبن الواقع بسبب الجهل بالقيمة، فعلى هذا فهو عيب في العقد، وليس في الإرادة إلاَّ عن طريق الافتراض، كما أنَّ جزاء الغبن هو عدم لزوم العقد عند القائلين بتأثيره.

سابعاً: الغلط في الباعث بالشكل الذي تصوره الفقه الوضعي بأن يقدم على شراء سيارة ظناً منه أنَّ سيارته قد فقدت، ثمَّ ظهر أنها لم تفقد[1]، فيكون العقد قابلاً للإبطال عند جانب من الفقه الوضعي ـ كما سبق ـ فالغلط بهذا المعنى ليس له أي تأثير في الفقه الإسلامي ـ حسب اطلاعي ـ وعلى هذا الرأي جانب من الفقه المصري والفرنسي ـ كما سبق ـ وأما الغلط في الباعث على التعاقد بمعنى الغرض المباشر الذي يقدم عليه العاقد لأجله فله أثر لا ينكر في الفقه الإسلامي على خلاف نتناوله بإذن الله تعالى عند البحث عن أثر القصود في العقود[2]، ولكننا نذكر هنا ما يتعلق بموضوعنا هذا بإيجاز، ففي المذهب الحنفي يرى أبو يوسف في من تعامل مع وكيل ظنه كامل الأهلية، ثمَّ تبين أنَّه ناقص الأهلية أنَّ له الخيار، فعلل المرغيناني ذلك بقوله: «إنَّ المشتري دخل في العقد على ظن أنَّ حقوقه تتعلق بالعاقد، يعني أنَّ المشتري ما رضي بالعقد إلاَّ على اعتقاد أنَّ حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير، لأنَّه فات عنه وصف مرغوب فيه، فصار كما إذا عثر عليه عيب ـ أي على عيب لم يرض به البائع، والجامع بينهما عدم الرضا»[3]. وعلَّل الكاساني قول أبي يوسف بـ: «أنَّ الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختلَّ الرضا لأنَّه لما أقدم على العقد إلاَّ على أن تكون العهدة على العاقد»[4]. فهذه النصوص تبين لنا مدى أثر الباعث المباشر على التعاقد حيث رأينا أنَّ السبب وراء إثبات الخيار في المسألة السابقة يعود إلى أنَّ العاقد الوكيل إذا كان كامل الأهلية تعود حقوق العقد من التسليم أو القبض، ونحوهما إليه فيسهل للعاقد الآخر الوصول إلى حقوقه بسهولة، ودون عسر، في حين أنَّه إذا كان ناقص الأهلية لا ترجع الحقوق إليه بل إلى الموكل، ففي ذلك صعوبة على العاقد وتأخير وربما مشاكل فيثبت الخيار، وقال الخرشي المالكي: «ولو أخبر ـ أي الشفيع ـ بتعدد المشتري فرضي، ثمَّ تبين أنَّه واحد فإنَّه يمضي ما حصل منه إلاَّ أن يكون له غرض في

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (١٣٠).
ويراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/٣٩٨ ـ ٤١٢).

(٢) يراجع الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٣) الهداية مع شرحه تكملة فتح القدير (٦/١٦).

(٤) بدائع الصنائع (٧/٣٤٧٨).

التعدد»[1]. وهذا النص صريح في أنَّ غرض الشفيع والدافع الذي وراء موافقته على تعدد المشتري له دور بارز وأثر كبير في عدم إسقاط حق الشفعة له، ولا يعتبر هذا غلطاً في العاقد، بل هو غلط في الباعث والغرض، ولا بدَّ من التنويه بأنَّ مصدر الخيار في المسألة السابقة هو كذب البائع أو المشتري حيث قد كذب في إخباره، وفي الفقه الشافعي نرى عدَّة أمثلة ذكرها النووي على أنَّ الشفيع لا يبطل حقه إذا كذب عليه المخبر، ثمَّ علل ذلك بقوله: «. . . لاختلاف الغرض بذلك»[2]. وكذلك الأمر في فقه الحنابلة فقد قال ابن قدامة: «. . . وكذلك إن أظهر أنَّه اشتراه بنقد فبان أنَّه اشتراه بعوض أو بعرض فبان أنَّه اشتراه بنقد، أو بنوع من العرض فبان أنَّه بغيره، . . . أو أنَّه اشتراه له فبان أنَّه لغيره، أو لإنسان معين فبان أنَّه اشتراه لغيره لأنَّه قد يرضى شركة إنسان دون غيره، وقد يحابي إنساناً، أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك إن أظهر أنَّه اشترى الكل بثمن فبان أنَّه اشترى نصفه بنصفه. . . لم تسقط الشفعة في جميع ذلك، لأنَّه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك»[3].

ومن خلال هذه النصوص نرى أنَّ الغرض المباشر ـ أو الباعث ـ له أثره في العقود التي من طبيعتها ارتباطها بالغرض كما في الشفعة أو في حالات تدخل في نطاق سد الذرائع كما في بيع العنب لمن يصنع منه الخمر، والسلاح لمن يقتل به شخصاً بريئاً، أو لقطاع الطرق حيث حكم ببطلان مثل هذه العقود بعض المذاهب الفقهية ـ كما سيأتي ـ فعلى ضوء ما سبق فقد تجافى عن الدقة إطلاق القول بـ : «أنَّ الغلط الباطني لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام لأنَّ العبرة عندهم بالعبارة دون النوايا»[4].

والخلاصة: أنَّه يمكننا القول بأنَّ الفقه الإسلامي قد عالج بدقة وعمق جميع مسائل الغلط حسب منهجه ونزعته وتكييفه، لكن ذلك لا يعني اتفاقه مع الفقه اللاتيني من حيث المنهج والتكييف، بل ظلَّ الغلط المراد به في الفقه اللاتيني يختلف عن الغلط الوارد على ألسنة الفقهاء كالحطاب المالكي، والنووي وغيرهما ـ كما سبق ـ فالمراد بالغلط عندهم هو الخطأ، أو الجهل باسم المبيع أو نحوه، ولم يرد به التوهم الدافع مطلقاً، كما أنَّ جميع نظريات الخطأ والجهل والخيارات لتكمل نظرية متكاملة

---

(1) شرح الخرشي (١٧٣/٦)، والغرض في النص كأن يكون الشفيع يرغب في أن يسكن جنبه جماعة لا واحد لظروف أمنية، أو لأي سبب آخر.

(2) الروضة (١٠٩/٥ ـ ١١٠).

(3) المغني لابن قدامة (٣٤٧/٥).

(4) الأستاذ الشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (١٤٩).

للغلط على غرار النظرية العامة للغلط في الفقه اللاتيني لم يستطع القضاء على الفروق الجوهرية بين الفقهين أسلوباً ومنهجاً وتكييفاً بالإضافة إلى أنَّ اشتراط الفقه الإسلامي ظهور الغلط من خلال صيغة العقد ـ بحيث تدل عليه ـ يعتبر أهم عنصر جوهري يميز الغلط في الفقه الإسلامي عن الغلط في الفقه اللاتيني، هذا والله أعلم.

وقبل أن نختتم كلامنا عن الغلط نعود إلى الغلط في القانون العراقي لنلقي عليه بصيصاً من الضوء حيث إنَّ هذا القانون قد مزج بين نظريات الفقه الإسلامي والفقه الوضعي مزجاً متآلفاً على حد تعبيره[1] لنرى هنا مدى الالتزام به، فقد نصت المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي على:

١ ـ إذا وقع غلط في محل العقد، وكان مسمى ومشاراً إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وإن اتَّحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلَّا أنَّه يكون موقوفاً على إجازة العاقد.

٢ ـ فإذا بيع هذا الفص على أنَّه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنَّه ياقوت أحمر فظهر أصفر، أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع على إجازة المشتري.

فهذه المادة هي بعينها مستقاة من الفقه الإسلامي، وقريبة من المادتين (٢٠٨، ٣١٠) من المجلة لفظاً وحكماً، ومن المادتين (٣٠١، و ٣٨١) من مرشد الحيران، كما ذكرنا في الغلط في المحل وهي قد أخذت بحكم الفقه الإسلامي ومصطلحاته دون أي تغيير أو تبديل[2].

وتنص المادة (١١٨) على أنَّه «لا عبرة بالظن البين خطؤه. . .» فهذه هي إحدى القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي، والتي تتردد كثيراً على ألسنة الفقهاء قال الزركشي (ت ٧٩٤ هـ): «الظن إذا كان كاذباً فلا أثر له، ولا عبرة بالظن البين خطؤه»

(١) مقدمة القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ فقرة (٨).

(٢) ويراجع في شرح هذه المادة: د. الحكيم، المصدر السابق (١/١٣١ ـ ١٣٨)؛ و د. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ص (٤٦. . .)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/٣٢٦)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، المصدر السابق ص (٨٠)؛ و د. غني حسون طه، مصادر الالتزام (١/١٨٣).

ثمَّ ذكر تطبيقات كثيرة لها واستثناءات[1]. وكذلك فعل السيوطي[2] وابن نجيم[3] وغيرهم وهي نص المادة (٧٢) من المجلة، فعلى ضوء هذه القاعدة إذا أعطى أحد لآخر مقداراً من النقود على ظن أنَّه مدين له بها ثمَّ تبين أنَّه ليس مديناً له فإنَّه يستعيد منه ما قد دفعه إليه، وكذلك إذا صالح أحد على شيء، ثمَّ تبين أن ليس عليه شيء فإنَّ له أن يسترد بدل الصلح[4].

ثمَّ ذكرت المادة (١١٨ع) تطبيقات لهذه القاعدة فقالت: «. . . فلا ينفذ العقد:

١ ـ إذا وقع غلط في صفة الشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تمَّ فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

٢ ـ إذا وقع غلط في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد.

٣ ـ إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد».

فهذه التطبيقات في هذه الفقرات الثلاث قد استقيت من القانون المصري في مادتيه (١٢١، ١٢٤) مع رعاية أحكام الفقه الإسلامي.

وتنص المادة (١١٩) على أنَّه «لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلَّا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده». وهذه المادة مستقاة أيضاً من المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري فالقانون المدني العراقي قد أخذ بعدم الاعتداد بالغلط إلَّا إذا كان متصلاً بالعاقد الآخر، وهذا الشرط وإن كان يتنافى مع اعتبار الغلط كعيب في الرضا إلَّا

---

(١) يراجع: المنثور في القواعد للزركشي (٢/٣٥٣ ـ ٣٥٥). وقال: «ولهذا لو ظن المكلف أنَّه متطهر فصلى ثمَّ تبين له الحدث لم يؤثر الظن. . . ويستثنى منها صور. . . منها لو صلى خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه تصح صلاته».

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٧٤).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٦١). وذكر أيضاً تطبيقاتها ومستثنياتها، فقال: «وينبغي أنَّه لو تزوج امرأة وعنده أنها غير محل فتبين أنها محل، أو عكسه. . . يكون الاعتبار لما في نفس الأمر» أي فلا قيمة لظنه ما دام قد بان خطؤه، لكن «لو خاطب امرأته بالطلاق ظاناً أنها أجنبية فبان أنها زوجته طلقت وكذا العتاق» وهذه من المستثنيات.

(٤) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي، ط. بغداد (١/١٣٤ ـ ١٣٥).

أنّه قد أخذ بنظر الاعتبار لحماية استقرار التعامل من القلقلة والاضطراب.

وتنص المادة (١٢٠) على أنّه: «لا يؤثر في نفاذ العقد بمجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وإنما يجب تصحيح هذا الغلط». وهذه المادة مستقاة من المادة (١٢٣) من القانون المدني المصري.

والخلاصة أنَّ القانون العراقي قد مزج بين أحكام الفقه الإسلامي وبين النظريات الحديثة فأخذ في المادة (١١٧) بما استقر عليه الفقه الإسلامي، كما أنّه أخذ بمصطلحاته فلم يسم العقد الذي فقد فيه وصفه بالبطلان النسبي، أو قابلية العقد للإبطال، بل سمّاه بالعقد الموقوف ـ أي عقد صحيح لكنه غير لازم حيث للطرف الواقع في غلط أن يجيزه أو يفسخه[1]، وهو مصطلح تميز به الفقه الإسلامي دون غيره، وأيضاً فقد راعى في سرد عيوب الرضا المنهج الطبيعي للفقه الإسلامي حيث ذكر أولاً: الإكراه، ثمَّ الغلط في حين أنَّ القانون المصري ذكر الغلط قبل الإكراه والتدليس، فالفقه الإسلامي قد اعتد بالإكراه اعتداداً بالغاً ونظمه تنظيماً دقيقاً في حين ترك مسائل الغلط متناثرة ومتوزعة ـ كما سبق ـ غير أنَّ القانون العراقي قد استقى المادتين (١١٨، ١١٩) من التشريعات الحديثة بالإضافة إلى مراعاة أحكام الفقه الإسلامي[2].

---

(١) ويبقى له هذا الحق خلال ثلاثة أشهر، وبعدها يعتبر العقد نافذاً، المادة (١٣٦) من القانون العراقي.

(٢) المصادر السابقة. ويراجع للتطبيقات القضائية: الأستاذ سليمان بيات، القضاء المدني العراقي (١٠٧/١ ـ ١١١).

البَابُ الثَّاني

دَليل الرّضا ، وَأثَرُه
وَالتوازن بيَن الرضا وَدليله

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: دليل الرضا.

الفصل الثاني: أثر الرضا.

الفصل الثالث: التوازن بين الرضا (الباطن) ودليله.

الفصل الأول

دليل الرضا[1]

تمهيد:

المراد بدليل الرضا هو كل ما يدل عليه، ويكون تعبيراً عنه سواء كان لفظاً أو بذلاً أو كتابة أو إشارة أو سكوتاً أو كان بوسائل الاتصال الحديثة كالبرق والهاتف ونحوهما، وذلك لأن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي تقضي بأن النية المجردة لا تستطيع إنشاء العقد وترتيب الآثار ما دامت كمينة النفس لم يعبر عنها بأية وسيلة من وسائل التعبير، فالرضا على الرغم من كونه الأساس في العقود إلا أنه ليس لنا من سبيل للوصول إليه إلا من خلال التعبير، فالرضا مهما كان له قيمة لكنه بدون قالبه ليس له مستقر، وكذلك التعبير لا تدب فيه الحياة إلا من خلال الرضا (الداخلي) فهما كالروح والجسم، فلا الروح تستقر بدون الجسم، ولا الجسم يعيش بدون الروح هذه هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي لكن هناك استثناء من جهتين عند بعض الفقهاء، فمثلاً الحنفية اعتدوا باللفظ المجرد في الطلاق، والنكاح ونحوهما من العقود التي لا تقبل الفسخ دون النظر إلى الرضا والقصد كما سبق[2]، ومن الجهة الثانية اعتد مالك

---

(١) استعملنا: «دليل الرضا» دون «الرضا الظاهر» لأن الرضا باعتباره: القصد الباطني المتجه نحو ترتيب الأثر لا يوصف بالظاهر، لأن في ذلك جمعاً بين الضدين وهو محال، لأنه بمثابة أن يقال: «الرضا الباطن الظاهر» فلا يوصف الشيء في وقت واحد، وباعتبار واحد بشيئين مختلفين. ومن جهة أخرى أن الرضا أمر نفسي مدلول عليه بالتعبير عنه بأي وسيلة كانت. وذكر شارح الأربعين حديثاً للنووي ص (١٧٤) أن الرازي قال: «إن جميع العقلاء يعلمون بالضرورة أن قول القائل، «إفعل» دليل على ذلك الطلب بالقلب، والدليل غير المدلول».

(٢) يراجع: الفصل الأول من الباب الأول.

في قول له بالكلام النفسي وإن لم يتلفظ به بالنسبة للطلاق، والرجعة[1]، وهذا ما عليه الزهرى، وابن سيرين[2]، وأما العقود المالية فيكاد الفقهاء يتفقون على اشتراط القصد، واللفظ بحيث لا يغنى أحدهما عن الآخر[3]. ولقد أجاد ابن القيم رحمه الله في توضيح ما تقتضيه قواعد الشريعة الغراء بهذا الخصوص قائلاً: «إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل، أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً. بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة، أو ناسية، أو مكرهة، أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به، أو قاصدة إليه، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية، أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختيار....»[4].

وكذلك الأمر في التشريعات الحديثة، ولا سيما التشريعات ذات النزعة اللاتينية حيث، إن الرضا، والقصد الداخلي ليس له فيها أي أثر ما دام لم يظهر إلى الخارج ولم يعبر عنه بأية وسيلة من وسائل التعبير كما أن اللفظ المجرد عن القصد والرضا ليس له أي أثر.

ونحن نذكر في هذا الفصل أدلة الرضا المختلفة من قول أو فعل أو سكوت في

---

(١) جاء في مختصر خليل مع شرحه الكبير (٢/٣٨٥): «وفي لزومه بكلامه النفسي بأن يقول لها بقلبه: أنت طالق خلاف، المعتمد عدم اللزوم، وأما العزم على أن يطلقها ثم بدا له عدمه فلا يلزمه اتفاقاً». وجاء فيه بخصوص الرجعة (٢/٤١٦) «يرتجع... بنية فقط على الأظهر، والمراد بها الكلام النفسي، لا مجرد القصد، وهي بالمعنى المراد رجعة في الباطن، لا الظاهر، وصحح خلافه، وهو أن النية فقط لا رجعة بها»، وراجع الفروق للقرافي (١/٥٢).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/١٢١): «وقال الزهري: إذا عزم على ذلك ـ أي إيقاع الطلاق ـ طلقت. وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه: أليس قد علمه الله».

(٣) الفتاوى الهندية (٣/٦)؛ وفتح القدير (٣/١٤٣)؛ وشرح الحطاب (٤/٢٣٧)؛ والأم (٤/٤٢)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص (٣٣)؛ وإعلام الموقعين (٣/٩٢).

(٤) أعلام الموقعين (٣/١٠٥ ـ ١٠٦)، وسيأتي لهذا الموضوع مزيد من التفصيل في الفصل الثالث بإذن الله.

خمسة مباحث، ثم نتبعها بخاتمة في خلاصة الفصل مع الموازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، وفي عرض نظرية متكاملة في دليل الرضا.

المبحث الأول

دلالة الألفاظ على الرضا

وسيكون في مطلبين:

المطلب الأول

دلالة الألفاظ على الرضا في الفقه الإسلامي

ويدور هذا المطلب حول ثلاثة فروع:

الفرع الأول

مدى دلالة جميع أنواع اللفظ على الرضا

ندرس في هذا الفرع أنواع اللفظ جميعها، ومدى دلالة كل نوع منه على الرضا، ومدى قبول الفقهاء له.

يقسم اللفظ عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة فهو يقسم من حيث الأصل إلى اسم، وفعل، وحرف، كما يقسم باعتبار دلالته على المراد إلى صريح وكنائي، وباعتبار ملاحظة الخارج إلى خبر وإنشاء ونحن نجعل هذه التقسيمات الثلاثة في ثلاثة أغصان:

الغصن الأول

مدى دلالة الحرف، والاسم، والفعل على الرضا

وقد اتفق النحاة على أن الحرف لا يدل على معنى مستقل، وإنما يدل على معنى يتم بغيره[1]، ولذلك لا مجال للبحث عن دلالته على الرضا، فلم يبق إلا الاسم

(١) ينظر: الكافية لابن الحاجب، ط. استنبول سنة (١٣٢٢ هـ) ص (٢)؛ والإظهار للبركوي، ط. استنبول سنة (١٣٢٢) هـ ص (١١١).

والفعل، ثم لا يخفي أن اللفظ المفرد إنما يحقق معنى مفيداً وكلاماً مستقيماً إذا كان في جملة تامة، ولذلك يكون معنى بحثنا عن دلالة الاسم والفعل على الرضا في العقود أي دلالة الاسم الواقع في جملة تامة، والفعل الواقع في جملة تامة.

الأول: دلالة الاسم على الرضا في العقود[1].

يمكن التعبير عن الرضا بالاسم، ويتم ذلك بعدة صور، منها صيغة اسم الفاعل واسم المفعول والمصدر أو باسم الإشارة أو نحو ذلك، مثل أن يقول: أنا بائع داري لك بكذا، فقال الآخر: إنني قابلها بكذا، أو قال: داري مبيعة لك بكذا فأجاب الآخر: دارك مقبولة لي بكذا، أو مبيعة منك بكذا، أو يقول: بيع داري لك أو منك نافذ، أو يقول: هذه الدار لك بكذا فيقول الآخر: الدار لي بكذا، أو هذا الكتاب هدية لك فقد دلت هذه الصيغ على الرضا بلا شك، فلنذكر آراء الفقهاء فيها:

أولاً: بالنسبة لصيغة اسم الفاعل، واسم المفعول فإنها بالنسبة للطلاق ينعقد بها، فلا خلاف بين الفقهاء[2] في وقوع الطلاق بلفظ: أنت طالق، أو أنت مطلقة[3]، وكذلك الأمر فيما يتم بإرادة منفردة كالعتق والرجعة[4]، لكنهم اختلفوا في انعقاد النكاح بصيغتي اسم الفاعل أو المفعول، فقد ذكر ابن الهمام انعقاد النكاح بصيغة اسم الفاعل في صورة عند أبي حنيفة، حيث قال: «عن أبي حنيفة إذا قال: جئتك خاطباً بنتك، أو

---

(١) المراد بذلك أن يكون التعبير عن العقد، كالبيع وغيره بصيغة الاسم مثل أن يقول: أنا بائع منك كذا بألف، أو أنت طالق. أما جملة «أنا أشتري، أو أنا اشتريت» فهي وإن كانت جملة اسمية لكن التعبير عن العقد قد تم بالفعل وهو «اشترى»، ولذلك لا تدخل هذه في نطاق عنواننا هذا.

(٢) فتح القدير مع شرح العناية (٣/٢١، ٤٤)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣/٢٤٧)؛ وبدائع الصنائع (٤/١٧٧٢)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٧٨)؛ والقوانين الفقهية ص (١٩٦)؛ وفتح العلي المالك (٢/٧ ـ ٩)؛ والفروق للقرافي (١/٥٣)؛ والروضة (٨/٢٣)؛ والغاية القصوى (٢/٢٨٦)؛ ومغني المحتاج (٣/٢٨٠)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٢٢)؛ والبحر الزخار (٤/١٥٥)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٤٧٦)؛ وشرائع الإسلام للحلي (٣/٥٥). قال الغزالي في الوسيط (٣/١٤١): «إن كل ما يشتق من لفظ الطلاق كقوله: أنت مطلقة صريح».

(٣) جاء في الفتاوى البزازية (١/١٧٠ ـ ١٧٤)، بهامش الجزء الرابع من الفتاوي الهندية بعد أن ذكر الوفاق على: «أنت طالق. . .» قال: «طلاقك واجب، أو لازم، أو فرض، أو ثابت، قيل: يقع واحدة رجعية، نوى، أو لا، والمختار عدم الوقوع، لأن الوجود لا يلازم المذكور، والثبوت يكون في الذمة».

(٤) المصادر السابقة.

لتزوجني ابنتك فقال الأب: زوجتك فالنكاح لازم، وليس للخاطب أن لا يقبل، لعدم جريان المساومة فيه»[١] ثم بنى ابن الهمام على هذا النص قاعدة عامة في اسم الفاعل فقال: «والانعقاد بقوله: أنا متزوجك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بـالهمزة سواء»[٢]، وقال فيه: «ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه في قوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾[٣] عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساوٍ للطرف الآخر فقلنا: لو قال بالمضارع ذي الهمزة: أتزوجك، فقالت: زوجت نفسي انعقد العقد»[٤]. ثم قال: «وإذا كان كذلك والنكاح مما لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال، فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء، بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه، واستفادة الرضا منه»[٥]. والخلاصة أن المناط هو تحقق ما يدل على الرضا دون احتمال مساوٍ ولا سيما في العقود التي لا تقبل المساومة كالنكاح فينصرف اللفظ وإن كان يحتمل الحال والاستقبال إلى إنشاء العقد، لا إلى المساومة اللهم إلا إذا كان هناك قرينة تصرفه إلى المساومة حسب مقتضى المقام، قال ابن الهمام: «وفي شرح الطحاوي: لو قال: أعطيتنيها؟ فقال: أعطيت. إن كان المجلس للوعد فوعد، وإن كان للعقد فنكاح. . . ولو قال باسم الفاعل فكذلك»[٦].

وأما المالكية فقد قالوا: «ينعقد بكل لفظ دالٍ على التمليك أبداً»[٧]. وذكر العلامة الدسوقي أن مضارع: أنكحت وزوجتك ينعقد به النكاح، فعلى هذا ينعقد أيضاً باسم الفاعل، لأنه أولى في دلالته على الحال منه[٨].

وأما الشافعية فعلى الرغم من تقييد صيغة النكاح بما ورد من الشرع إلا أنهم صرحوا بأن النكاح ينعقد بما يشتق من الانكاح أو التزويج قال العلّامة القليوبي: «ومثلهما ـ أي لفظي التزويج والإنكاح ـ ما اشتق منهما، ومنه أنا متزوج، أو ناكح بنتك»[٩] فيبدو من هذا الجواز أنهم اعتبروا كل ما يشتق من هذين اللفظين وارداً

---

(١) فتح القدير (٢/٣٤٥).

(٢) فتح القدير (٢/٣٤٥)؛ والبحر الرائق (٣/٨٩).

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) و (٥) و (٦) فتح القدير مع شرح العناية (٢/٣٤٥).

(٧) شرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (١/١٥٧).

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٢٠).

(٩) حاشية القليوبي على شرح المحلي (٣/٢١٦).

مشروعاً في انعقاد النكاح به ما دام دالاً على المقصود.

ولم أرَ في كتب الحنابلة شيئاً يتعلق بانعقاد عقد النكاح بصيغة اسم الفاعل أو اسم المفعول، فهم أيضاً قد قيدوا انعقاده بلفظي الإنكاح و التزويج. غير أن المتأخرين منهم، ولا سيما ابن تيمية، وابن القيم ومن تبعهما قد ذكروا أن انعقاد النكاح يتم بكل لفظ يدل الرضا به[1]، قال ابن تيمية: «وينعقد النكاح بما عده الناس بأي لغة، ولفظ... كان»[2].

وأما العقود المالية كالبيع ونحوه مما يحتاج إلى المساومة فقد اختلفوا في انعقاد العقد بصيغتي اسم الفاعل واسم المفعول فظاهر المذهب الحنفي على أنه لا ينعقد بهما[3]. فقد جاء في حاشية رد المحتار: «لو قال: أنا مشترٍ... لا ينعقد البيع لجريان المساومة فيه»[4]. غير أن مقتضى كلام الفتاوى الهندية صحة البيع به، وذلك لأنه قال: «ينعقد بالحال» ثم قال: «وينعقد بالماضي بلا نية، وبالمضارع بها على الأصح»[5]. ولا شك أن اسم الفاعل كالمضارع في أنه حقيقة في الحال. كما أن المتعمق في كلام ابن الهمام يجده أنه يميل إلى انعقاد العقد به حيث ذكر - بعد قول المرغيناني: «ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل» -: «واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء، لأن صيغة الاستقبال فيثبت بالنية ذكره... وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال: والصحيح ما ذكره الطحاوي، لأن المضارع في الأصل موضوع للحال، ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز»[6]. فعلى هذا أن ابن الهمام تبعاً للطحاوي يميل إلى القول بصحة عقد البيع بالمضارع وكذلك اسم الفاعل، لأنه أدل منه على الدلالة على الحال، لكن ذلك عند وجود قرينة قصد البيع.

---

(١) حاشية الروض المربع، شرح زاد المستقنع (٤٢٨/٤ - ٣٣١)؛ والاختيارات الفقهية ص (٢٠٣)؛ والقواعد النورانية ص (١٠٤)؛ وقاعدة العقود ص (١٥٢).

(٢) الاختيارات الفقهية ص (٢٠٣).

(٣) حيث ذكر ابن الهمام أن ما يقبل المساومة لا يكون اسم الفاعل فيه دالاً على الإنشاء بل يحتمله والمساومة. انظر فتح القدير (٣٤٥/٢)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٢/٣).

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار (١٢/٣).

(٥) الفتاوى الهندية (٤/٣).

(٦) فتح القدير (٧٦/٥).

وذهب الجمهور: المالكية[1] والشافعية[2] وبعض الحنابلة[3] إلى انعقاد العقد بصيغة اسم الفاعل، واسم المفعول ما دامت تدل على المقصود، قال خليل: «ينعقد البيع بما يدل على الرضا»[4]. وقد ذكر الشراح والمحشون أن هذا عام لكل صيغة تدل على الرضا مهما كان نوعها، وللفعل والكتابة والإشارة[5] وقال ابن حجر في بيان صيغ البيع «كبعتك وما اشتق منه»[6]. وقال الشرواني: «أي كهذا مبيع منك بكذا، أو أنا بائعه لك بكذا»[7]، ونقل العلّامة عميرة عن الأسنوي قوله: «والمشتقات كبائع، ومبيع قياساً على طالق ومطلقة ـ أي ينعقد بها العقد ـ» ثم قال معللاً: «... لأن اللفظ إنما اعتبر ليدل على الرضا، ولم يتقيد به ـ أي بلفظ مخصوص ـ»[8]، قال المرداوي: «ظاهر كلام المصنف: أنه لا يصح البيع بغير الإيجاب والقبول بالألفاظ المتقدمة... واختار الشيخ تقي الدين: صحة البيع بكل ما عده الناس بيعاً...»[9]. كما أشار المرداوي إلى عدم انعقاد البيع بغير الماضي والطلب في حالات خاصة[10]. وقال تقي الدين ابن تيمية: «وكل ما عده الناس بيعاً أو هبة من متعاقب، أو متراخٍ من قول، أو فعل انعقد به البيع والهبة»[11].

والذي يظهر لي رجحانه انعقاد جميع العقود بصيغة اسم الفاعل واسم المفعول إذ دلا على المقصود، وذلك لأن اسم الفاعل، أو اسم المفعول يدل على صفة قائمة بالذات[12]،

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣).

(٢) يراجع: شرح المحلي على المنهاج مع حاشيتي القليوبي وعميرة (١٥٢/٢)؛ ونهاية المحتاج (٣٧٦/٣).

(٣) كشاف القناع (١٤٧/٣). ويراجع: الانصاف (٣٥٣/٥).

(٤) مختصر سيدي خليل مع شرحه الكبير (٣/٣)؛ وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (١٥٧/١)؛ والفجر المنير على مجموع العلّامة الأمير، جـ ٣ ورقة (١ ـ أ).

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٥).

(٦) تحفة المحتاج بشرح المنهاج (٢١٨/٤).

(٧) حاشية الشرواني على التحفة (٢١٨/٤).

(٨) حاشية عميرة على شرح المحلي (١٥٢/٢ ـ ١٥٣).

(٩) الإنصاف للمرداوي (٢٦١/٤ ـ ٢٦٤).

(١٠) المصدر السابق (٢٦٢/٤).

(١١) الاختيارات الفقهية ص (١٢١).

(١٢) قال المرادي في توضيح المقاصد، ط. مكتبة الكليات الأزهرية (١٤/٣)؛ والأشموني في شرحه على الألفية، ط. عيسى الحلبي (٥٥٣/١): «اسم الفاعل هو الصفة الدالة على فاعل». وأن اسم=

وأنها حقيقة في الحال[1]، قال الأسنوي: «إطلاق المشتق كاسم الفاعل واسم المفعول باعتبار الحال حقيقة بلا نزاع»[2]. ثم رتب على هذا عدة مسائل منها: أن الكافر إذا قال: أنا مسلم، يحكم عليه باسلامه إلا إذا أراد أن يسمي دينه الذي هو عليه بالإسلام فحينئذٍ لا يحكم باسلامه: ومنها: ما لو قال: أنا مقر بما يدعيه، أو لست منكراً فإنه يكون إقراراً، ومنها إذا نادى زوجته يا طالق فإنه صريح في وقوع الطلاق به، ومنها: ما لو قال: وقفت على حفاظ القرآن الكريم يصدق على من كان حافظاً في الحال لا من كان ناسياً ثم حفظه[3]، ثم إن الأساس ـ كما سبق ـ هو الرضا، فيكون أيُّ لفظ يدل عليه وافياً بالمقصود ويرجع ذلك إلى العرف وقرينة الحال دون الخوض في دقائق اللغة وتفريعاتها التي لا يلم بها إلا المتخصصون.

ثانياً: المصدر مثل لفظ البيع، والشراء، والإنكاح، والتزويج، والطلاق ونحوها فهذه الألفاظ إذا وقعت في جمل فعلية مثل أن يقول: قبلت البيع، أو الشراء أو الإنكاح، أو التزويج أو يقول: أوقعت طلاقك فلا خلاف بين الفقهاء[4] في كونها دالة على الرضا وليس كلامنا في هذا، وإنما الكلام إذا كان أحد عناصر الجملة الإسمية مثل: أن يقول: أنت الطلاق، أو طلاقك واقع، أو يقول: بيعي منك نافذ، أو ثابت، أو تزويجي إياك مقبول، أو قبول نكاحك مني ثابت، أو نحو ذلك. . .

فبالنسبة للطلاق: لو قال: طلاقك واقع أو لازم فقد وقع طلاقه[5]، لكن الحنفية

= المفعول هو الدال على ذات من وقع عليه الفعل.

وراجع: الإظهار مع حواشيه ص (١٣٦)؛ والمفصل للزمخشري، ط. دار الجيل بيروت، ص (٢٢٨. . .)؛ وكتاب المقتصد لعبد القاهر الجرجاني، ط. العراق ١٩٨٢ (٥٠٧/١ ـ ٥١٤)؛ وشرح المفصل لابن يعيش (٦٨/٦، ٨٠).

(١) يراجع: المحصول (١٦٢/١)؛ وجمع الجوامع مع شرح المحلي عليه (٢٨٦/١)؛ والأحكام للآمدي (٥١/١).

وانظر: كتاب المقتصد (٥٠٧/١ ـ ٥١٤)؛ وشرح المفصل لابن يعيش (٦٨/٦).

(٢) التمهيد للأسنوي ص (١٥٣). وراجع مختصر قواعد العلائي ص (٣٧٩).

(٣) التمهيد ص (١٥٥ ـ ١٦٠)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٣٧٩، ٤٢٩، ٥٠٨).

(٤) يراجع في هذه الألفاظ كتاب البيوع. والطلاق وغيرهم في المصادر السابقة.

(٥) فتح القدير مع شرح العناية (٤٤/٣ ـ ٥٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٧٨/٢. . .)؛ وشرح ابن ميارة على التحفة (٢٢٥/١)؛ والغاية القصوى (٧٨٦/٢)؛ والروضة (٣٧/٧).

قالوا: لو قال: طلاقك واجب، أو لازم، أو فرض لا يقع، وقيل يقع[١]. وأما إذا قال: أنت الطلاق ففيه خلاف في كونه صريحاً أم كناية تحتاج إلى النية فذهب الحنفية[٢] و المالكية[٣] والحنابلة[٤] والشافعية في وجه[٥] إلى أنه صريح في الطلاق يقع به دون الحاجة إلى نية.

وذهب الشافعية في الوجه الراجح عندهم إلى أنه كناية تحتاج إلى نية[٦]، لكنهم قالوا إذا شاع المصدر ـ حتى ولو كان من غير لفظ الطلاق ـ في الوقوع يقع به، قال الغزالي: «إذا شاع لفظ في العرف للطلاق كقوله: حلال الله عليّ حرام فهل يصير صريحاً فيه وجهان: أحدهما: نعم، لأن المقصود تعيين للتفاهم وقد حصل»[٧].

وأما بالنسبة للنكاح بأن يقول: «نكاحي منك ثابت، أو انكاحي إياك لازم، أو تزويجي إياك ثابت، أو نحو هذه التعبيرات، فالذي تقتضيه قواعد المذهب الحنفي أنه لا مانع من انعقاد العقد بها، وذلك لأن الحنفية لم يشترطوا لفظاً خاصاً للنكاح، بل أجازوا انعقاده بلفظ البيع والهبة والتمليك وبالفعل المضارع المبدوء بالهمزة، وباسم الفاعل مما يدل على أن المعتبر هو كون التعبير دالاً على الرضا، وهذا ما صرح به ابن

---

(١) علل صاحب الفتاوى البزازية (١٧٤/٤) عدم الوقوع بقوله: «لأن الوجود لا يلازم المذكور والثبوت يكون في الذمة».

(٢) قال المرغيناني في توجيه ذلك: «أما وقوعه باللفظة الأولى ـ وهي أنت الطلاق ـ فلأنه بمنزلة قوله: «أنت طالق». الهداية مع فتح القدير (٥٠/٣).

(٣) شرح ابن ميارة على التحفة (٢٢٥/١ ـ ٢٢٦) وقال: الصريح: ما فيه صيغة طلاق». وقال سيدي الحسن في حاشيته عليه (٢٢٥/١): «الكناية الظاهرة التي لا يقبل من قائلها: أنه لم يرد الطلاق. مثل: أنت حرام طلاق».

(٤) المغني لابن قدامة (١٢٤/٧).

(٥) قال الغزالي في الوسيط، مخطوطة طلعت (٢٠٦) جـ ٣ ورقة (١٤١): «واختلفوا في قوله: أنت الطلاق، والظاهر أنه ليس بصريح، لأنه غير مستعمل على هذا الوجه». فعلى هذا لو استعمل عرفاً في هذا المعنى يكون صريحاً.

ويراجع: الغاية القصوى (٧٨٦/٢)؛ والروضة (٢٣/٨).

(٦) الوسيط (١٤١/٣)؛ والروضة (٢٣/٨)؛ والغاية القصوى (٧٨٦/٥).

(٧) الوسيط (١٤١/٣).

الهمام حيث قال: «ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد، ولزوم حكمه جانب الرضا. عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك...»[1]. ولا شك أن المصدر أدل على تحقق الحدث من اسم الفاعل، والفعل المضارع، وذلك لتمحضه في الدلالة على الحدث دون مقارنة معناه مع الزمن، وكذلك الأمر عند المالكية حتى أجازوا انعقاد النكاح بمضارع أنكحت وزوجت[2]، بل أجازوه بكل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة كبعت ونحوه[3]. ومن هنا فلفظ: تزويجي إياك لازم يدخل فيما ينعقد به النكاح بطريق أولى، قال العلاّمة المقري المالكي: «فالمعتبر في انعقاده ـ أي النكاح ـ ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة»[4].

وأما الشافعية فلم أرَ أحداً منهم تطرق إلى هذه المسألة على ضوء المصادر المتوفرة لدي. كما أن قواعد مذهبهم تقتضي التقيد الكامل بالألفاظ الواردة من الشارع بخصوص النكاح[5]، والحنابلة يميلون أيضاً إلى التقيد بالألفاظ الواردة من الشرع بخصوص النكاح[6]. إلا أن شيخ الإسلام ابن تيمية ذهب إلى التوسع الكامل وأجاز

---

(١) فتح القدير (٢/٣٤٥).

(٢) قال العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (٢/٢٢٠): «ومضارعهما كماضيهما».

(٣) قال سيدي خليل في مختصره مع الشرح الكبير (٢/٢٢١): «وهل كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة كبعت كذلك ـ أي مثل وهبت فينعقد به النكاح حيث يسمى الصداق ـ تردد». وذكر الدسوقي في حاشيته (٢/٢٢١)؛ أن الكثيرين قالوا بانعقاده مثل ابن القصار، وعبد الوهاب في الأشراق، والباجي، وابن العربي في أحكامه.

(٤) شرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام (١/١٥٧).

(٥) قال النووي في المنهاج مع شرحه للمحلي (٣/٢١٦): «إنما يصح النكاح بإيجاب، وهو زوجتك أو أنكحتك، وقبول بأن يقول الزوج تزوجت، أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها، ولا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح».

ويراجع في هذا المعنى: الوجيز (٢/٣)؛ والروضة (٧/٣٧)؛ والغاية القصوى (٢/٧٢٥). لكن الاقتصار في انعقاد النكاح على ما ورد به الشرع لا يدل ـ في نظري ـ على عدم انعقاد النكاح بالجملة الإسمية التي يكون المحكوم عليه فيها المصدر، وذلك لأنها لا تخرج أصول حروفها عما و رد به الشرع، ويدل على استنتاجي هذا قول العلاّمة القليوبي على شرح المحلي (٣/٢١٦): «ومثلهما ـ أي مثل التزويج والإنكاح ـ ما اشتق منهما، ومنه أنا متزوج، أو ناكح بنتك». ومن هنا فإذا قال شخص لآخر: تزويج بنتي إياك موافق عليه، فقال الزوج: إنكاحك بنتك إياي مقبول، أو نحو ذلك فقد صح به العقد، ولا سيما إذا عرفنا أن النكاح من العقود والتي جدها وهزلها سواء.

(٦) قال ابن قدامة في المغني (٦/٥٣٣): «ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج». وجاء في زاد =

انعقاد النكاح أيضاً بكل لفظ يدل على المقصود فقال: «وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ. . . كان»[1].

وأما الانعقاد بلفظ «بيعي إياك كذا لازم، أو ثابت، أو شرائي منك ثابت، أو لازم أو نحو ذلك» فقد تطرق إليه الفقه بشكل مجمل حيث ذكر أن من قال لغيره: «هذا العبد بيع لك بدينك فقبل ذلك الغير ينعقد البيع بينهما»[2] وعلى الرغم من أنني لم أعثر على تفصيلات كثيرة حول هذه الجزئية لكنني لا أرى مانعاً في الانعقاد بها على ضوء ما تقتضيه قواعد المذهب الحنفي[3] والمالكي[4]، والحنبلي ولا سيما المتأخرون[5] حتى الشافعية[6]، وذلك لأن هذه الجمل تدل على إنشاء العقد دون الدلالة على الاستقبال، لأنها جمل إسمية تدل على الثبوت والاستقرار. فعلى هذا فالذي يظهر رجحانه هو الرجوع إلى العرف، فإن لم تكن الجملة مستعملة في العقود حسب العرف فينظر إلى قرينة المقام، فإن كان مجلس عقد وقد جرى فيه المساومة للعقد، فعقد، وإلا فلا. جاء في شرح

= المستقنع (٦/٢٤٦): «ولا يصح النكاح ممن يحسن العربية بغير لفظ: زوجت، أو أنكحت». وعلق عليه في حاشية الروض المربع (٦/٢٤٦ - ٢٤٧): «لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن، ولا يصح قبول إلا بلفظ قبلت هذا النكاح أو تزوجتها».

(١) الاختيارات الفقهية ص (٢٠٣).

(٢) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأحمدية في حلب برقم (٤٢٦) جـ(٣) ورقة (٣٥).

(٣) المصدر السابق نفسه، والهداية مع فتح القدير (٥/٣٤٥). والبدائع (٦/٩٨٣).

(٤) فقد صرح خليل وغيره بأن كل ما يدل على الرضا ينعقد العقد به. انظر الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣).

(٥) يراجع حاشية الروض المربع (٤/٤٢٨)؛ والقواعد النورانية ص (١٠٤).

(٦) فقد صرحوا بأن الأساس في العقود المالية هو الرضا. قال الرافعي في فتح العزيز (٨/٩٩): «إن المقصود الأصلي هو التراضي لئلا يكون واحد منهما آكلاً مال الآخر بالباطل». كما أنهم قالوا البيع ونحوه يصحان حتى بالكناية. قال الغزالي: «وينعقد البيع بالكناية مع النية على الأصح». وذكر النووي في المجموع (٩/١٦٧)، أن الغزالي قال في الفتاوى: «لو قال أحد المتبايعين: بعني قد باعك الله انعقد إن نواه، ولو قال في النكاح زوجك الله ابنتي لم ينعقد». كما أجازوا في قول لهم: انعقاد عقد البيع بفعل الأمر من أحدهما بأن يقول: بعني كذا بكذا فيقول: بعتك به ثم عللوا جوازه به بأن العبارة وضعت للدلالة على المعنى، كما أن قرينة الحال والمقام تعينه للدلالة على إنشاء العقد. قال البيضاوي: «إذا استصحبت - أي العبارة - قرينة يفهم المخاطب منها مقصوده يعقد بها. .».

انظر الغاية القصوى (١/٤٥٧)؛ والوجيز (١/١٣٢)؛ وفتح العزيز (٨/٩٧).

الطحاوي «إن كان المجلس للوعد فوعد، وإن كان للعقد فنكاح»[1]. وقال ابن الهمام في جملة فارسية قال فيها السرخسي أنها لا تنعقد بها: «إن قول السرخسي: «ليس بشيء» محمول على ما إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهراً»[2]. فعلى هذا أذا ظهر منه قصد إنشاء العقد بالجملة التي تحتمل غيره فينعقد بها العقد، لأن الأساس في الحل والانعقاد هو التراضي المشروع، فإذا ما دل عليه أيُّ دليل فقد تحقق المقصود، يقول النووي: «وهذا هو المختار لأن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف، فكلما عده الناس بيعاً كان بيعاً»[3].

ثالثاً: التعبير بغير اسمي الـفاعل والمفعول، والمصدر، كهذا لك أو هذا القلم هدية لك، أو نحوهما، فهو أيضاً في نطاق التبرعات دالٍ على المقصود، ويترتب عليه الأثر، فمن قال لآخر: هذا الكتاب لك هدية وقال الآخر: قبلت مثلاً، أو قبضها فقد تم العقد[4]، وفي المذهب الحنفي: لو قال لامرأة: أنت زوجتي فقالت: أنا زوجتك، أو قال لها، يا زوجتي، أو يا عرسي. فقالت: لبيك انعقد النكاح إذا كان بحضرة الشهود[5].

وأما في نطاق العقود المالية فقد وقع فيه خلاف مرده إلى مدى دلالة هذه الصيغ على إنشاء العقد في العرف، فقد صرح الحنفية بانعقادها بالجملة الإسمية الدالة على المقصود، جاء في المحيط البرهاني: «وفي إطلاق النوازل: إذا قال لغيره: هذا العبد

---

(١) فتح القدير (٢/٣٤٥).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المجموع (٩/١٦٣).

(٤) يراجع تكملة فتح القدير (٧/١١٣...؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٩٧)؛ والغاية القصوى (٢/٦٥١)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٨٤).

ولفظ «هو لك» شائع في عرف العرب وبه وردت أحاديث منها ما رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع (٤/٣٢٠)، أن الرسول ﷺ قال لجابر: «ولك ثمنه»، أي ثمن الجمل. قال الحافظ ابن حجر: «وفي رواية عطاء قال: «بعنيه»، قلت: بل هو لك يا رسول الله». وروى البخاري في صحيحه أيضاً (٤/٣٣٤)، أن النبي ﷺ قال لعمر: «بعنيه»، قال: «هو لك يا رسول الله» ثم لما لم يقبله باعه. فجملة: «هو لك» شائعة في الهدية والهبة، وفي هذا الحديث أنه ﷺ أهدى الجمل الذي اشتراه من عمر لابنه عبد الله فقال: «هو لك يا عبد الله تصنع به ما شئت». وراجع فتح الباري (٥/٣٢٠).

(٥) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/١١٠).

عليك بألف درهم فقال الآخر: قبلت يكون العبد بيعاً»[1]. وقال ابن الهمام: «وكذا إذا قال: هذا عليك بألف، فقال: فعلت، ولو قال: هو لك بألف إن وافقك، وإن أعجبك أو إن أردت فقال: وافقني، أو أعجبني، أو أردت انـعقد»[2]، وقال الحطاب المالكي: «وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم بها بمجردها حتى ينزل بها عرف، أو عادة، أو ما يدل على البيع مثل أن يقول المبتاع: بكم؟ فيقول البائع: بدينار. فيقول: قبلت، فيقول البائع: لا أبيعك، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب: يلزمه البيع». وروى ابن القاسم، «يحلف: ماساومه على البيع، ولا يلزمه»[3]. ويظهر من هذا النص أن الخلاف عند المالكية في هذا المثال هو في حالة ما إذا قال البائع في الأخير: لا أبيعك، أما إذا سكت فقد تم البيع[4]. وقد أوضح ابن القاسم هذه الرواية في المدونة: «قال سألت مالكاً عن الرجل يقف بالسلعة في السوق فيأتيه الرجل، فيقول: بكم سلعتك هذه؟ فيقول: بمائة دينار، فيقول: قد أخذتها، فيقول الرجل: لا أبيعك، وقد كان أوقفها للبيع. أترى أن هذا يلزمه؟ قال: قال مالك: «يحـلف بـالله الذي لا إله إلا هو: ما ساومه على الإيجاب في البيع، ولا على الإمكان، وما ساومه إلا على كذا وكذا، لأمر يذكره غير الإيجاب، فإذا حلف على ذلك كان القول قوله، وإن لم يحلف لزمه البيع»[5]. ويظهر من هذه النصوص أن للقرينة شأناً كبيراً في تحديد المراد قال العلاّمة الدردير: «إن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول قول البائع بلا يمين، أو على إرادته فيلزمه البيع كما إذا حصل تعاكس وتردد بينهما، أو سكت مدة ثم قال: لا أرضى فلا يلتفت لقوله وإن لم تقم قرينة لواحد منهما فالقول للبائع بيمينه»[6]. فعلى هذا ففي مذهب مالك في هذه المسألة ثلاثة آراء: مذهب المدونة بأنه يحلف وإلا يلزمه، ورواية أشهب وهي قول مالك في العتبية، والتفصيل الذي قام به الأبهري، حيث قال: «إن أشبه ما سماه أن يكون ثمناً للسلعة لزم البيع وإلا حلف»[7]. قال الدسوقي: «والمعتمد أولها وهو الحلف عند عدم القرينة، وإلا لزم». ثم قال في بيان

---

(١) المحيط البرهاني، مخطوطة حلب رقم (٤٢٦) جـ(٣) ورقة (٣٥).

(٢) فتح القدير (٥/٧٧)؛ ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/٥).

(٣) شرح الحطاب على مختصر خليل (٤/٢٢٩).

(٤) يراجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٥).

(٥) المدونة الكبرى (١٠/٥١).

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٥).

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥).

عدم لزوم الحلف عند القرينة: «. . . لأن اليمين للتهمة وهي تنتفي بالقرينة»[1].

وقد صرح الشافعية أيضاً بصحة العقد المالي بها بأن يقول: هذا لك بكذا، فيقول: قبلت[2].

وأما المذهب الحنبلي فأصل المذهب على عدم التوسع الكبير حتى في باب البيوع يقول العلّامة المرداوي الحنبلي: «وله ـ أي البيع ـ صورتان: إحداهما الإيجاب والقبول فيقول البائع: بعتك، أو ملكتك أو نحوهما مثل وليتك، أو شركتك، ويقول المشتري: ابتعت، أو قبلت، وما في معناهما مثل تملكت، وما يأتي من الألفاظ التي يصح بها البيع وهذا المذهب وعليه الأصحاب، وعنه ـ أي عن أحمد: لا ينعقد بدون بعت واشتريت لا غيرهما. . ولو قال: بعتك بكذا، فقال: آنا آخذه بذلك لم يصح. وإن قال: أخذته منك صح»[3]. كما ذكر المرداوي أن المذهب على أنه لا يصح بلفظ السلف والسلم، وأن إحدى الروايتين التي رجحها القاضي وأبو بكر وابن هبيرة هي عدم صحة تقديم القبول على المشتري[4]. غير أن بعض المتأخرين[5] من أتباع مذهبه كابن تيمية ومن تبعه اختاروا صحة العقود بكل ما يدل عليها قال ابن تيمية: «وكل ما عده الناس بيعاً. . . من متعاقب أو متراخٍ من قول، أو فعل انعقد به البيع. . »[6].

وأجاز الإمامية أيضاً صحة العقد بـ: هذا لك بكذا، أو هو لك به[7].

والذي نرى رجحانه هو القول بصحة العقود بالجملة الإسمية الدالة على الإنشاء سواء كانت بواسطة القرينة، أو العرف، فقول البائع هذا لك بكذا، أو هو لك بكذا أو نحو ذلك صريح في الدلالة على المقصود، بالإضافة إلى أنه قد ورد فيه حديث صحيح رواه مسلم وغيره بسندهم عن جابر في قصة بيعه جمله للنبي ﷺ، وفيها: «قال

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/٥).

(٢) حاشية عميرة على شرح المحلي (٢/١٥٣).

(٣) الإنصاف (٤/٢٦٠ ـ ٢٦١)؛ وزاد المستقنع (٤/٣٢٨).

(٤) الإنصاف (٤/٢٦١ ـ ٢٦٢).

(٥) يراجع القواعد النورانية ص (١١٢)؛ وقاعدة العقود ص (١٥٢ ـ ١٥٣)؛ والاختيارات الفقهية ص (١٢١)، وحاشية الروض المربع (٤/٣٢٨ ـ ٣٣٢).

(٦) الاخيارات الفقهية ص (١٢١).

(٧) الشاهرودي: محاضرات في الفقه الجعفري ص (١٢٨)

لي النبي ﷺ: «بعني جملك. فقلت: إن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها. قال: «قد أخذته به»[١].

الثاني: دلالة الفعل على الرضا في العقود:

والفعل ـ كما هو معروف ـ له ثلاثة أقسام وهي: الفعل الماضي، والفعل المضارع، وفعل الأمر، فندرس هذه الأنواع الثلاثة من ناحية مدى قبول الفقهاء لدلالتها على الرضا، والاكتفاء بها:

الأول: الفعل الماضي:

وهو ما دل على وقوع حدث في زمن سابق عن التكلم[٢].

لا خلاف بين الفقهاء قاطبة في دلالة الفعل الماضي من صيغ العقود على الرضا والاكتفاء به في انعقاد العقد ولزومه به فمن قال: طلقت زوجتي ثلاثة، أو أنكحت أو تزوجت، أو بعت، أو اشتريت، أو نحو ذلك من العقود وقَبِلَ قولهُ بالماضي فقد تم العقد[٣].

وقد قالوا في توجيه ذلك: إن الفعل الماضي يدل على التحقق، والوقوع، وذلك أنسب في الدلالة على إنشاء العقد حيث يدل على أن صاحبه قد تخطى مرحلة التفكير والتردد والمفاوضة والمساومة، إلى مرحلة الجزم والقطع والبت والحسم[٤]، ومن هنا جاءت صيغ العقود الواردة من الشرع الشريف بلفظ الماضي في الغالب[٥]. غير أنه يثور السؤال في هذا الموضوع وهو أن الفعل الماضي يدل على أن الفعل قد وقع وتحقق قبل التكلم به فحينئذٍ يكون إخباراً عن الماضي فكيف يدل على الإنشاء والإحداث؟.

للجواب عن ذلك نقول: إن صيغة الماضي وإن كانت للإخبار عن الماضي من

---

(١) هذا لفظ مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (١٢٢٢/٣). ورواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع (٤/٣٢٠).

(٢) الكافية لابن الحاجب ص (٨٠)؛ والمفصل للزمخشري ص (٢٤٤).

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: فتح القدير (٢/٣٤٤، ٥/٧٤)؛ وبدائع الصنائع (٣/١٣٣٠، ٦/٢٩٨٣)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٤)؛ والغاية القصوى (١/٤٥٧)؛ والروضة (٣/٣٣٩)؛ والمهذب (١/٢٥٧)؛ ونهاية المحتاج (٣/٣٧٥)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦١).

(٤) يراجع: د. السنهوري، مصادر الحق (١/٨٥).

(٥) العناية على الهداية (٥/٧٥).

حيث الوضع لكن ذلك لا يمنع من إرادة التأكيد على تحقق الفعل، وكون الفعل في إيجاده وتحقق وقوعه كالماضي، فقد استعمله القرآن الكريم في هذا المنحى كثيراً منها قوله تعالى: ﴿ إِقْتَرَبَتِ ٱلسَاعَةُ وَٱنْشَقَّ الْقَمَرُ ﴾[1]، فقد عبر الله تعالى عن إحداث قرب الساعة بصيغة الماضي للتأكيد على أن ذلك بمثابة الوقوع، لأن إخبار الله عنها لا يخالف[2]. ومن هنا تعبر العرب عن شيء محقق الوقوع بلفظ الماضي، وإن لم يتحقق بعد. ولذلك ناسب أن يكون تعبيراً صريحاً عن إنشاء الإيجاب، أو القبول دون مراء، ومن جهة ثانية أن هذه الأمور تابعة للعرف وهو يقتضي أن يكون الماضي تعبيراً صريحاً عن الإنشاء وإحداث العقد، ومن جهة ثالثة أن الشرع وضع بعض الصيغ للدلالة على إنشاء بعض العقود دون البعض، قال الكاساني: «هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع»[3].

والذي نرى رجحانه هو أن العرف قد جرى باعتبار صيغة الماضي دالة على إنشاء العقد فجاء الشرع مراعياً لهذا العرف يقول الكاساني: «والعرف قاضٍ على الوضع»[4].

وقد بين القرافي السبب في اعتبار بعض الصيغ صالحة للإنشاء في بعض العقود دون البعض، فأرجع مرد ذلك إلى العرف حيث قال: «إن الشهادة تقع بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل فيقول الشاهد: أشهد بكذا عندك... ولو قال: شهدت بكذا أو أنا شاهد بكذا لم يقبل منه، والبيع يصح بالماضي دون المضارع عكس الشهادة، فلو قال: أبيعك بكذا، أو قال أبايعك بكذا لم ينعقد البيع عند من يعتمد على مراعاة الألفاظ كالشافعي، ومن لا يعتبرها لا كلام معه، وإنشاء الطلاق يقع بالماضي نحو طلقتك ثلاثاً، واسم الفاعل نحو أنت طالق دون المضارع نحو أطلقك ثلاثاً». ثم بين القرافي سبب هذه الفروق فقال: «وسبب هذه الفروق بين الأبواب النقل العرفي من الخبر إلى الإنشاء، فأيُّ شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي فيعتمد الحاكم عليه لصراحته، ويستغني المفتي عن طلب النية معه لصراحته أيضاً. وما هو لم تنقله العادة لإنشاء ذلك المعنى يتعذر الاعتماد عليه لعدم الدلالة اللغوية، والعرفية، فنقلت العادة في الشهادة المضارع وحده، وفي الطلاق

(١) سورة القمر: الآية ١.

(٢) تفسير القرطبي (١٧/١٢٥).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٣)؛ والهداية مع فتح القدير (٢/٣٤٤).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٣).

والعتاق اسم الفاعل والماضي. . .»[1]. وقال ابن الهمام. «لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً دفعاً للحاجة»[2].

الثاني: الفعل المضارع:

وهو ما دل على وقوع الحدث بعد التكلم[3].

لا يخفى أن الفعل المضارع يدل على الحال، والاستقبال غير أنـه قد ثار الخلاف بين النحاة في كونه حقيقة فيهما، أو في أحدهما على خمسة أقوال: أشهرها ـ وهو ظاهر كلام سيبويه ـ أنه مشترك بين الحال والاستقبال[4]، قال ابن مالك: «المضارع صالح له وللحال، ولو نفي بلا. . . ويترجح للحال مع التجريد»[5]. فقال الأسنوي معلقاً عليه: «وفيه نظر»[6]. ووجـه النظر ـ في نظري ـ أن قول ابن مالك هذا يتنافى مع القول بكون المضارع مشتركاً، لأن معنى الاشتراك هو أن يكون المعنيان متساويين في دلالة اللفظ عليهما، بحيث لو تبادر الذهن إلى أحدهما عند التجرد عن القرينة لخرج عن كونه مشتركاً بل يكون حقيقة في المعنى المتبادر، ومجازاً في الآخر.

والثاني: حقيقة في الحال، مجاز في الاستقبال.

والثالث: عكسه.

والرابع: حقيقة في الحال فقط، ولا يستعمل في الاستقبال لا حقيقة، ولا مجازاً.

والخامس: عكسه[7].

---

(١) الفروق للقرافي (١/٥٣).

(٢) فتح القدير (٣/٤٩).

(٣) المفصل للزمخشري، ط. بيروت ص (٢٤٤)؛ وتسهيل الفوائد لابن مالك، نشر دار الكاتب العربي ١٣٨٧ هـ ص (٤ ـ ٥).

(٤) يراجع: المقتصد في شرح الإيضاح لعبد القاهر الجرجاني، ط. العراق ١٩٨٢ (١/٥٠٧ ـ ٥١٤)؛ والمفصل للزمخشري ص (٢٤٤)؛

ويراجع في كتب الأصول والقواعد: التمهيد للأسنوي ص (١٤٥)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٣٨١).

(٥) تسهيل الفوائد وتكميل المقاصد لابن مالك، ط. دار الكاتب العربي مصر سنة ١٣٨٧ ص (٤ ـ ٥).

(٦) التمهيد ص (١٤٩)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٣٧٧).

(٧) التمهيد ص (١٤٩)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٣٧٧).

وأما المضارع المنفي بلا فهو يتمخض للاستقبال عند سيبويه، وخالفه في ذلك الأخفش، وقال: إنه باقٍ على صلاحيته له وللحال، واختاره ابن مالك في التسهيل[1]، وأما المنفي بليس، أو ما، أو أن فيكون للحال عند الأكثرين، ثم إن هناك علامات تجعل المضارع متعيناً للاستقبال كالسين وسوف وعلامات تمحضه للحال كلام الابتداء[2].

علاقة هذا الخلاف بمدى صحة العقد بالمضارع:

لا يخفي أن العقود تحتاج في إنشائها إلى صيغة تدل على هذا الإنشاء دون أن تكون فيها دلالة على احتمال أن يكون ذلك وعداً يقطعه على نفسه، ومن هنا يختلف العقد عن الوعد الذي يكون بإنشاء حدث في المستقبل فإذا لاحظنا ذلك فإن المضارع إذا قلنا حقيقة في المستقبل يكون انعقاد العقد به غير جائز إلا إذا كان هناك قرينة تخصصه للحال، وحينئذٍ يمكن قبوله في بعض العقود التي تتم بالصريح، والكنائي، أما العقود التي لا تتم إلا بالصريح كالنكاح مثلاً فيكون انعقاد العقد به مثار خلاف وجدل ومناقشة وإلى هذا المبنى اللغوي يعود الخلاف الفقهي، وقبل أن ندلي بدلونا في الترجيح نرتئي أن نذكر آراء الفقهاء في انعقاد العقد بالمضارع، ووجهات نظرهم، ثم نذكر الراجح الذي يدعمه الدليل.

فالحنفية قد اختلفوا في انعقاد العقد بالمضارع، فبالنسبة للنكاح صرح أكثر أصحاب المتون باشتراط كون الإيجاب والقبول بالماضي أو كون أحدهما ماضياً، والآخر أمراً مثل أن يقول: زوجني فيقول زوجتك[3]. غير أن الآخرين صرحوا بجواز انعقاد النكاح بالفعل المضارع، فقد صرح ابن الهمام بانعقاد النكاح بالفعل المضارع المبدوء بالهمزة مثل أن يقول: أتزوجك، فقالت: زوجتك نفسي فقد انعقد العقد، أما المبدوء بالتاء نحو: تزوجني بنتك. فقال: فعلت، فلا ينعقد إلا إذا قصد

---

(١) التسهيل لابن مالك ص (٤ ـ ٥).

(٢) قال ابن مالك في التسهيل ص (٤ ـ ٥): «والمضارع صالح له، وللحال ولو نفي بلا. خلافاً لمن خصها بالمستقبل، ويترجح الحال مع التجريد، ويتعين عند الأكثر بمصاحبة الآن، وما في معناه وبلام الابتداء، ونفيه بليس، وما، وإن، ويتخلص للاستقبال بظرف مستقبل، وبإسناد إلى متوقع، وباقتضائه طلباً، أو وعداً. . . أو نون توكيد، أو حرف تنفيس وهو السين وسوف. وينصرف للمضي بلم، ولما الجازمة، ولو الشرطية غالباً، وإذ، وربما، وقد في بعض المواضع».

(٣) الهداية مع شرح العناية (٢/٣٤٤ ـ ٣٤٦)؛ وبدائع الصنائع (٣/١٣٣٠).

الإنشاء[1]. فذكر ابن الهمام أن الفرق يكمن في أن الأول ليس فيه احتمال الوعد، وذلك لأن الإنسان لا يستخبر نفسه عن الوعد فيكون للإنشاء، بخلاف الثاني؛ لاحتمال أنه يستخبر ولي البنت بذلك[2]. ثم قال: «وإذا كان كذلك والنكاح مما لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به ـ أي المضارع ـ لا باعتبار وضعه للإنشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه، واستفادة الرضا منه»[3]. وذكر الكاساني انعقاد النكاح بالفعل المضارع إذا كان اللفظ الآخر ماضياً حيث قال: «وإما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي، وبالآخر عن المستقبل كما إذا قال... لامرأة: أتزوجك على ألف درهم، فقالت: قد تزوجتك على ذلك»[4].

وأما وقوع الطلاق بالفعل المضارع فيحتاج إلى نية فلو قال: أطلقك، ونوى به إنشاء الطلاق فقد وقع، وإلا فلا لأنه وعد[5].

وأما انعقاد البيع بالفعل المضارع فمثار خلاف أيضاً داخل المذهب الحنفي فقد اشترط بعضهم كون الإيجاب والقبول بلفظي الماضي[6]، غير أن الآخرين منهم صرحوا بانعقاد البيع به إذا صاحبته النية، قال الكاساني: «وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري: أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري: اشتريت، أو قال المشتري: أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب، وقال البائع: أبيعه منك بكذا، وقال المشتري أشتريه، ونويا الإيجاب يتم الركن وينعقد»[7]. ثم أوضح سبب اشتراط النية فيه بأن صيغة «أفعل» وإن كانت للحال على الصحيح لكنها غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً شائعاً، فوقعت الحاجة

---

(١) قال ابن نجيم: «وإن كان المضارع مبدوءاً بالتاء نحو تزوجني بنتك فقال: فعلت، ينعقد به إن لم يقصد الاستيعاد». البحر الرائق (٣/٨٩).

(٢) فتح القدير (٢/٣٤٥). وراجع البحر الرائق (٣/٨٩).

(٣) فتح القدير (٢/٣٤٥).

(٤) بدائع الصنائع (٣/١٣٣٠)؛ وكذلك الأمر في الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/١٠٩)؛ والبحر الرائق (٣/٨٩).

(٥) بدائع الصنائع (٤/١٨٠٧).

(٦) الهداية مع شرح العناية (٥/٧٤)؛ والبحر الرائق (٥/٢٧٩)؛ ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/٤).

(٧) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٣).

إلى التعيين بالنية[1]. وقال ابن الهمام: «واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء». ثم برهن على ذلك بأن المضارع ـ كما قال الطحاوي ـ موضوع في الأصل للحال، وأن وقوعه في الاستقبال نوع من التجوز، وعلى هذا ينبغي تصديق أحد العاقدين إذا ادعى أنه أراد بالمضارع إنشاء العقد، وكذبه الآخر، وذلك لأن حمل اللفظ على حقيقته أولى من حمله على المجاز[2]. وانتصر صاحب القنية للقول بانعقاد العقد به فقال: «وهذا الفقه وهو أن الشرع جعل الإيجاب والقبول علامة الرضا، والاخبار عن الحال أدل على الرضا وقت العقد من الماضي»[3].

وقيد بعض الفقهاء الأحناف حاجة المضارع للنية أو القرينة في إنشاء العقد بحالة ما إذا لم يكن قد اشتهر في عرف قوم استعماله للحال والإنشاء، فقد ذكر صاحب القنية: «إنما يحتاج ـ أي المضارع ـ إلى النية إذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال، لا للوعد والاستقبال، فإن كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها»[4].

وعلى ضوء ما سبق يمكننا القول بأن الحنفية يرون أن المضارع إن تمحض للمستقبل فلا ينعقد العقد به، وإن تمحض للحال[5] بواسطة قرينة لفظية أو حالية ينعقد به، وإلا فإن اشتهر في عرف قوم استعماله في إنشاء العقود انعقد به دون الحاجة إلى النية، وإلا ـ أي بأن كان قد بقي على حالته محتملاً الحال والاستقبال ـ فالراجح لديهم ـ ولا سيما المتأخرين ـ هو انعقاد العقد به لكن بشرط نية الحال والإنشاء أو وجود قرينة تدل على ذلك[6].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٣).

(٢) فتح القدير (٥/٧٦). وراجع في تفصيل هذه المسألة في: الفتاوى الهندية (٣/٣...)؛ والبحر الرائق (٥/٢٧٩)؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٤).

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٤)؛ والمحيط البرهاني جـ(٣) ورقة (٣٥).

(٤) البحر الرائق (٥/٢٨٥).

(٥) قال أبو المظفر في الفتاوى الهندية (٣/٧): «وأما إذا تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف فلا ينعقد به». وفي بحر الرائق (٥/٢٨٥)، «إن تمحض للحال فلا يحتاج إلى النية».

(٦) المصادر السابقة. قال داماد أفندي في مجمع الأنهر (٢/٤): «إن أراد بالمضارع الحال ينعقد، وإن أراد به الاستقبال والوعد لا، لأن المضارع يحتمل الحال والاستقبال، وفي التحفة: باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية، وأما بصيغة المستقبل فلا إلاّ بالنية».

وأما المالكية فقد أجازوا انعقاد النكاح بالمضارع قال العلامة الدسوقي: «ومضارعهما ـ أي أنكحت وزوجت ـ كماضيهما»[1]، كما أنهم أجازوا وقوع الطلاق بالمضارع إذا عزم به الإيقاع[2].

وأما البيع ونحوه من العقود المالية فيصح عندهم بالفعل المضارع ويلزم به لكن لو حلف أنه لم يرد البيع لا يلزمه، فهم فرقوا بين استعمال صيغة الماضي في البيع وبين صيغة المضارع فيه ففي الأولى يلزم البيع بعد صدورها من الطرفين ولا يقبل قوله: إنه لم يرض به وإن حلف، وفي الثانية يلزم البيع لكنه لو حلف أنه لم يرد بها البيع لا يلزم العقد[3].

وأما الشافعية فيظهر من كتبهم أنهم أجازوا انعقاد العقود بالفعل المضارع إذا نوى به العاقد إنشاء العقد به في الحال، وذلك لأنهم أجازوا انعقاد العقود المالية حتى بالكناية إذا صاحبتها نية الإنشاء[4]. كما ذكروا أمثلة لبعض العقود التي استعمل فيها الفعل المضارع وقالوا: بانعقادها به فقد ذكر الرافعي عن إسماعيل البوشنجي أنه إذا قال: اختاري نفسك، أو طلقي نفسك. فقالت: أختار، أو أطلق، فمطلقة للاستقبال، فلا يقع في الحال شيء، فأن قال: أردت الإنشاء وقع في الحال قال النووي: «وهو كما قال، ولا يخالف هذا قول النحويين: إن الفعل المضارع إذا تجرد فالحال أولى به، لأنه ليس صريحاً في الحال، وعارضه أصل بقاء النكاح»[5]. ثم إن هذا الحكم لا يقف عند الطلاق، بل يعم جميع العقود، قال الأسنوي: «ولا شك في جريان ما ذكره

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٠). لكنه ذكر أن ناصراً اللقاني لم يرتض بهذا القول واشترط الماضي. وراجع: شرح ابن ميارة على تحفة الأحكام (١/ ١٥٧)؛ وشرح الخرشي على المختصر مع حاشية العدوى (٣/ ١٧٣).

(٢) يراجع: شرح الخرشي مع حاشية العدوى (٤/ ٣١)؛ وشرح ابن ميارة على التحفة (١/ ٢٢٥).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٤). قال العلّامة الدسوقي تعليقاً عليه: «حيث فرق ابن القاسم بين الماضي والمضارع فقال بلزوم البيع بالماضي ولو حلف أنه لم يرض، وقال بلزوم البيع بالمضارع ما لم يحلف أنه لم يرد البيع، وأنه لم يرض به». انتهى بتصرف خفيف. ويراجع: شرح الخرشي (٥/ ٧٥٥).

(٤) يراجع في تفصيل ذلك: الروضة (٣/ ٣٣٧ ـ ٣٣٨)؛ والغاية القصوى (١/ ٤٥٧)؛ والمهذب (١/ ٢٥٧)؛ والمنهاج مع شرحه المحلي (٢/ ١٥٢)؛ وتحفة المحتاج (٤/ ٢١٦)؛ والمجموع (٩/ ١٦٢)؛ وفتح العزيز (٨/ ٩٨...)؛ والوجيز (١/ ١٣٢، ٢/ ٣).

(٥) الروضة (٨/ ٥١).

الرافعي في سائر العقود والفسوخ»[١]. ثم ذكر فروعاً كثيرة يحمل فيها الماضي على الحال، منها: ما نقله عن الغزالي في فتاويه، وهو أنه إذا قال: امرأة من يشتهي أن يفعل كذا طالق، تعلق الطلاق بشهوته في الحال لا في المستقبل فإن كان في الحال مشتهياً له وقع طلاقه وإلا فلا. ومنها ما نقله عن القاضي حسين أنه لو قال لشخص: أتريد أن أطلق زوجتك؟ فقال: نعم، كان توكيلاً في طلاقها[٢].

وأما الحنابلة فلم أرهم تطرقوا إلى انعقاد العقد بالمضارع صراحة[٣]، بل ذكر العلّامة المرداوي الحنبلي صورة للعقد كان القبول فيها بالمضارع فقط، فحكم عليه بعدم الصحة حيث قال: «لو قال: بعتك بكذا، فقال: أنا أخذه[٤] بذلك لم يصح، وإن قال أخذته منك أو بذلك صح»[٥]، بل لم يمثلوا لصيغتي الإيجاب والقبول الصحيحتين في عقدي البيع والنكاح إلا بالفعل الماضي[٦].

وأما الظاهرية فقد وقفوا عند الألفاظ التي ورد بها الشرع دون تجاوزها، ولم أعثر في المحلى الذي يمثل مذهبهم أنه قد تطرق إلى صيغة الفعل المضارع بالنسبة للبيع والنكاح والطلاق[٧].

وأما الإمامية فقد صرحوا بأنه: لا ينعقد البيع إلا بلفظ الماضي، قال الحلي: «ولا ينعقد إلا بلفظ الماضي، فلو قال: اشترِ، أو ابتع أو أبيعك لم يصح، لأن ذلك

---

(١) التمهيد ص (١٤٦).

(٢) انظر: التمهيد ص (١٤٥ ـ ١٤٨)؛ ومختصر قواعد العلائي، لابن خطيب الدهشة ص (٣٨٢، ٥٢١).

(٣) يراجع: المغني لابن قدامة (٣/٥٦١، ٦/٥٣٢)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٠ ـ ٢٦٣)؛ وزاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٤/٣٢٨)؛ والعمدة شرح العدة ص (٢١٥).

(٤) لفظ «اخذه» يمكن قراءته على أن يكون مضارعاً فتكون الهمزة مسهلة مع ضم الخاء. كما أنه يمكن قراءته على أن يكون اسم الفاعل فتكون الهمزة ممدودة، ويكون الخاء بالكسر. وفي كلتا الحالتين يكون شاهداً على المقصود، لأن اسم الفاعل حينما يعمل يكون مثل فعل المضارع لفظاً ومعنى. انظر في مدى تشابهما: الإظهار للبركوي ص (١١٣)؛ وشرح المفصل لابن يعيش (٦/٦٨).

(٥) الإنصاف (٤/٢٦١).

(٦) يراجع: المغني لابن قدامة (٣/٥٦١، ٦/٥٣٢)؛ وزاد المستقنع (٤/٣٢٨، ٦/٢٤٦)؛ والإنصاف (٤/٢٦٠).

(٧) المحلى لابن حزم (٩/٢٩٤، ١١/ ٤٥، ٢٧٠).

أشبه بالاستدعاء أو الاستعلام»[1]، وقال في النكاح: «ولا بدّ من وقوعهما ـ أي الإيجاب والقبول ـ بلفظ الماضي الدال على صريح الإنشاء اقتصاراً على التيقن. . . ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله: أتزوجك فتقول: زوجتك جاز، وقيل: لا بدّ بعد ذلك من تلفظه بالقبول»[2]، كما لا يصح عندهم الطلاق بالمضارع[3].

والذي يظهر رجحانه هو أن الفعل المضارع مشترك بين الحال والاستقبال كما هو الراجح لدى المحققين من النحاة[4]. وذلك لعدة أسباب:

أولها: أن الزمن جزء من ماهية الفعل، وقد وزعت الأزمان على الأفعال الخبرية فخص الزمن الماضي لفعل خاص، فبقي الحال والاستقبال ليدل عليهما الفعل المضارع.

وثانيها: أنه لو كان المضارع حقيقة في الحال فقط، أو في الاستقبال فقط، لما كان استعماله في الآخر بهذه الكثرة، بل قد لا يجوز؛ بدليل عدم جواز استعمال الفعل المضارع مع ظرف يدل على الماضي، فقد ذكر أبو علي الفارسي، والشيخ عبد القاهر الجرجاني أنه لا يستعمل يضرب زيد أمس[5] لكنه يستعمل: يضرب الآن أو غدا فلو كان الحال داخلاً في ماهيته لكان تقييده بالآن تكراراً، وتقييده: بـ: «غداً» تناقضاً، وهكذا إذا كان للاستقبال.

وثالثها: أن الفعل المضارع وضعت له العرب علامات خاصة للدلالة على الاستقبال كالسين وسوف، وعلامات خاصة للدلالة على الحال كلام الابتداء. فهذا الوضع إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفعل المضارع مشترك بين الحال والاستقبال، ولا يتعين في أحدهما إلا بسبب هذه العلامات اللفظية، أو الحالية ومن هنا نستطيع أن نقول أن استعمال الفعل المضارع في جميع العقود لا يدل من حيث هو على الحال والإنشاء إلا بواسطة قرينة لفظية، أو حالية، أو أراد العاقد نفسه الإنشاء به

---

(١) شرائع الإسلام للحلي (١/١٦٥)؛ ووسيلة النجاة (٢/٨٥).

(٢) شرائع الإسلام (٢/٨). وراجع في المذهب الزيدي: البحر الزخار (٤/١٨، ٢٩٧).

(٣) وسيلة النجاة (٢/٤٣٥).

(٤) المفصل للزمخشري ص (٢٤٤)؛ وكتاب المقتصد لعبد القاهر الجرجاني (١/٥٠٧ ـ ٥١٤)؛ وشرح المفصل لابن يعيش (٦/٦٨)؛ والتسهيل لابن مالك ص (٤)؛ وشرح ملا جامي مع بعض الحواشي بهامش الكافية، ط. استنبول ص (٨٠).

(٥) الإيضاح مع شرحه؛ المقتصد للجرجاني (١/٥٠٧ ـ ٥١٤).

فيصدق حينئذٍ كما يصدق في إرادته به المستقبل، ـ لكن لو أراد به أحد المتعاقدين الإنشاء والآخر المستقبل لم ينعقد لعدم وجود التراضي ـ أو اشتهر في عرف خاص يقوم استعماله في الإنشاء، ففي هذه الحالات ينعقد العقد به. وذلك لأن الأساس في العقود هو الرضا.

الثالث: فعل الأمر:

وهو ما دل على معنى الطلب بصيغة افعل أو نحوه[1]، وقد حصل خلاف بين الأصوليين في أن الأمر المجرد عن القرائن هل يقتضي الفور أم لا؟ ونظراً لعلاقة هذا الخلاف بموضوعنا نذكره بإيجاز.

فقد ذهب جماعة منهم إلى أنه يقتضي الفور[2]، في حين ذهب اتجاه آخر لبعضهم إلى أنه يقتضي التراخي[3]، وذهب اتجاه ثالث إلى أنه مشترك بينهما بحيث يتوقف في الدلالة على أحدهما على القرينة[4]، وذهب اتجاه رابع إلى أنه للماهية

---

(١) قيدناه بكونه بصيغة أفعل مثل اشترِ أو نحوه كأنكح، وذلك لإخراج لفظ «أمر» حيث يدل على الطلب ولكنه لا يسمى بالأمر لدى النحاة، وإن كان يسمى به في عرف الأصوليين.
ويدخل في «ونحوه» الأمر بلام الأمر مثل لينكح، أو ليبع.
يراجع لتعريفه النحوي: المفصل للزمخشري ص (٢٤٤)؛ وشرح التصريح على التوضيح (١/٥٥)؛ ويراجع لتعريفه لدى الأصوليين: المستصفى للغزالي (١/٤١١ ـ ٤١٢)؛ والإبهاج في شرح المنهاج (٢/٣).

(٢) وهذا مذهب الإمام مالك وجمهور المالكية وداود الظاهري والصيرفي والقاضي أبي حامد من الشافعية.
انظر: مختصر تنقيح الفصول ص (٤٦)؛ والتمهيد ص (٢٨٧). وقال الإمام في البرهان (١/٢٣١): «وهذا معزي إلى أبي حنيفة ومتبعيه».

(٣) ذكر الأسنوي في التمهيد ص (٢٨٨): «إن هذا أحد الوجهين للشافعية». وقد قال الإمام في البرهان (١/٢٣٣): «ومن قال إنها على التراخي فلفظه مدخول، فإن مقتضاه أن الصيغة المطلقة تقتضي التراخي حتى لو فرض الامتثال على البدار لم يعتد به، وليس هذا معتقد أحد. فالوجه عن المذهب الأخير المعزو إلى الشافعي والقاضي رحمهما الله بأن يقال: الصيغة تقتضي الامتثال، ولا يتعين لها وقت.

(٤) انظر: التمهيد ص (٢٨٨)؛ والمنخول للغزالي ص (١١١ ـ ١١٣). قال الرازي في المحصول (ق ٢/ جـ ١/١٨٩): «أن هذا مذهب الواقفية».

المجردة وهي طلب الفعل خاصة(١). ثم هذا الخلاف له ثمار كثيرة في الفروع تتعلق بموضوعنا قال الأسنوي: «وإذا علمت ذلك فمن فروع هـذه المسألة:

١ ـ ما إذا قال لشخص: بع هذه السلعة فقبضها الشخص، وأخر بيعها مع القدرة عليه، فتلفت، فإن قلنا بالمشهور ـ وهو أن الأمر المطلق لا يدل على شيء ـ فلا ضمان عليه، وإن قلنا: إنه للفور ضمن لتقصيره، وقد حكى القاضي حسين وابن الرفعة وجهين مستندهما ما ذكرناه.

٢ ـ ومنها ما نقله الرافعي في كتاب الطلاق عن فتاوى القفال: أنه لو قال لولي امرأته: زوجها، كان ذلك إقراراً، لأنها لا تقدر على أن تزوج نفسها... قال الأسنوي: الحق في تحرير المقول للولي: أنا إذا قلنا: إن الأمر على الفور يكون ذلك إقراراً بالطلاق وبانقضاء العدة... وإن قلنا: إن الأمر ليس على الفور فلا يكون إقراراً بانقضاء العدة وفي كونه إقراراً بالطلاق نظر لا سيما إذا قلنا: إنه يدل على التراخي، أو قلنا: للتوقف»(٢).

والذي يظهر رجحانه هو ما رجحه جمع من المحققين الأصوليين(٣) من أن فعل الأمر حقيقة في طلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور، وبين طلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً(٤)، فعلى هذا إذا أردنا تحديده للحال، أو الاستقبال نحتاج إلى قرينة وبعد هذا التمهيد فلنذكر أثر هذه الآراء في الفروع الفقهية من حيث دلالة فعل الأمر على إنشاء العقد.

فقد ذهب الحنفية إلى عدم انعقاد العقود المالية بصيغة الأمر كقاعدة عامة

---

(١) قال إمام الحرمين في البرهان (٢٣٢/١): «وهذا ينسب إلى الشافعي وأصحابه وهو الأليق بتفريعاته في الفقه.. ومذهب القاضي الباقلاني». وقال الرازي في المحصول (ق ٢/ جـ ١٨٩/١). «والحق أنه موضوع لطلب الفعل.. من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً».. ثم ذكر أدلة مستفيضة فلتراجع.

(٢) التمهيد للأسنوي ص (٢٨٧ ـ ٢٨٩).

(٣) مثل الإمام الرازي في المحصول (ق ٢/ جـ ١/ ١٩٠)؛ والآمدي في الأحكام (١٥٣/٢)؛ وابن الحاجب في رفع الحاجب (١/ ق ١٩٦)؛ وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب (١٩٤/١).

(٤) راجع أدلة هذا الاختيار في المصادر السابقة ولا سيما: المحصول: (ق ٢/ جـ ١٩٠/١ ـ ٢٠٤). وراجع البرهان لإمام الحرمين (٢٣١/١ ـ ٢٤٨)، فقد ناقش هذه الآراء بعمق ثم ارتضى رأياً قريباً مما سقناه.

وراجع المنخول ص (١١١ ـ ١١٣)؛ والمستصفى (٤/٢)؛ والإبهاج (٢٠٠٣/٢).

وانعقاد النكاح، والطلاق، والخلع بها، وقد استثنى فقهاؤهم من العقود المالية الهبة والإبراء من الدين حيث ينعقدان ويصحان بصيغة الأمر[١]، وكذلك الأمر في الإقالة عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد[٢]. قال الكاساني: «وإذا قال البائع للمشتري اشترِ مني هذا الشيء بكذا فقال: اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت[٣]. وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر بأن يقول المشتري للبائع: بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البائع: بعت. قال أصحابنا رحمهم الله: «لا ينعقد ما لم يقل المشتري: اشتريت»[٤]. ويقول بالنسبة للنكاح: «... وإما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي، وبالآخر عن المستقبل، كما إذا قال رجل لرجل زوجني بنتك... فقال الأب: زوجتك، أو قال لامرأة: زوجيني أو أنكحيني نفسك. قالت: زوجتك، أو أنكحت ينعقد استحساناً، والقياس أن لا ينعقد، لأن لفظ الاستقبال عدة (أي وعد)... فلم يوجد الإيجاب، إلا أنهم تركوا القياس، لما روى أن بلالاً رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه، فقال: لولا أن رسول الله ﷺ أمرني أن أخطب إليكم لما خطبت فقالوا له: ملكت، ولم ينقل أن بلالاً أعاد القول، ولو فعل لنقل ولأن الظاهر أنه أراد الإيجاب لأن المساومة لا تتحقق في النكاح عادة فكان محمولاً على الإيجاب بخلاف البيع، فإن اليوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه، فلا بدّ من لفظ آخر يتأدى به الإيجاب»[٥]. وقد برر المرغيناني وجهة نظر الحنفية في هذه التفرقة بأن جواز

---

(١) فتح القدير (٧٥/٥)؛ والبحر الرائق (٢٨٦/٥).

(٢) الإقالة بيع جديد عند أبي يوسف ولهذا قلنا: إنها استثناء من قاعدة عدم انعقاد العقود المالية بالأمر. ومن هنا يثور التساؤل حول موقف أبي يوسف في أنه لم يجز البيع بالأمر في حين أجاز الإقالة به؟ فقد أجاب ابن عابدين عن سبب التفرقة بأن المساومة جارية في البيع دائماً فلا يحمل اللفظ على التحقيق والإنشاء بل يحمل على الاستيعاد بخلاف الإقالة التي لا تجري فيها المساومة فيحمل الأمر فيها على التحقيق. وبالإضافة إلى هذا المبرر فإن لأبي يوسف مبرراً أساسياً وهو أن الشارع ندب إلى التساهل في أمر الإقالة فقال: «من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة». رواه أحمد في مسنده (٢٥٢/٢) وغيره). ولهذا اكتفى أبو يوسف بأي صيغة تدل على المقصود.
يراجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٥١/٤) وفتح القدير (٣٤٧/٥).

(٣) أي لا بدّ حينئذٍ من ثلاثة ألفاظ: قول البائع: اشترِ مني، وقول المشتري: اشتريت، وقول البائع مرة أخرى: بعت. إذن فلم ينعقد العقد: بالأمر، وإنما انعقد باللفظين الماضيين. انظر: الفتاوى الهندية (٤/٣).

(٤) البدائع (٢٩٨٤/٦).

(٥) البدائع (١٣٣٦/٣).

النكاح بالأمر يعود إلى أن النكاح يتولى فيه الواحد طرفي العقد وهذه الصيغة بمثابة توكيل في حين أن البيع لا يجوز للوكيل فيه أن يتولى طرفي العقد فقال: «وينعقد ـ أي النكاح ـ بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول: زوجني فيقول: زوجتك، لأن هذا توكيل بالنكاح، والواحد يتولى طرفي النكاح»(١). ثم قال: «ولا ينعقد ـ أي البيع ـ بلفظين أحدهما لفظ المستقبل، والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك»(٢). وعلى هذا لم يكن لفظ الأمر حتى في النكاح إيجاباً وإنما هو توكيل، والصحة باعتباره وكالة.

ولم يرتض بهذا التبرير والتوجيه معظم المحققين من الحنفية قال ابن الهمام: «وفي النوازل قال: زوجي نفسك مني. فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح، غير أن المصنف ـ أي المرغيناني ـ جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح.. وصرح غيره بأنها نفسها إيجاب فيكون قائماً بهما ـ أي بالعاقدين ـ وفي فتاوى قاضيخان قال: ولفظة الأمر في النكاح إيجاب، وكذا في الطلاق إذا قالت: طلقني على ألف فطلق كان تاماً، وكذا في الخلع، وكذا لو قال لغيره، اكفل لي بنفس فلان هذا أو بما عليه. فقال: كفلت تمت الكفالة، وكذا لو قال هب لي هذا العبد فقال وهبت... وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولاً، وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً»(٣)، ثم بين عدم دقة قول المرغيناني بأنه لو كان توكيلاً لما اقتصر على المجلس، كما أنه حينئذٍ لم يكن انعقاد النكاح بالفعل المستقبل بل قام الإيجاب والقبول بالتوكيل(٤)، ثم بين سبب التفرقة بينهما بأن لفظة الأمر في النكاح جعلت إيجاباً لأن النكاح لا يقدم فيه على العقد إلا بعد مراجعات ومشاورات فلا يكون لفظ «زوجني» مساومة بخلاف البيع فكان الأمر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر(٥). غير أن الحنفية أجازوا انعقاد البيع بالأمر ما دام جوابه فعلاً، قال ابن الهمام: «لو قال: كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع، وأكله حلال، والركوب واللبس بعد قول البائع: اركبها بمائة، والبسها بكذا رضا بالبيع»(٦)، ففي هذه المسائل قالوا بانعقاد

---

(١) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٢/٣٤٦).

(٢) المصدر السابق (٥/٧٤ ـ ٧٥).

(٣) فتح القدير (٢/٣٤٥).

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) فتح القدير (٥/٧٥).

(٦) فتح القدير (٥/٧٤).

البيع فيها مع أن الإيجاب بصيغة الأمر، وإن كان القبول بالفعل، ومهما قال ابن الهمام بأن ذلك يعود إلى التعاطي لكن ذلك لا يغطي كون الإيجاب بصيغة الأمر فعلى هذا يمكن أن يثار التساؤل حول سبب انعقاد البيع بالأمر إذا كان القبول بالفعل ـ أي الحدث ـ ولا يتم به إذا كان القبول بالقول مع أن القول أدل على الرضا باتفاق الجميع؟.

هذا وقد استثنى بعض فقهائهم لفظ: «خذه» من قاعدة عدم انعقاد البيع بالأمر جاء في الفتاوى الهندية: «فلا ينعقد ـ أي البيع ـ بالأمر إلّا إذا دلّ الأمر على المعنى المذكور ـ أي الماضي، أو الحال ـ كخذه بكذا فقال: أخذته، فإنه كالماضي كذا في النهر الفائق، سئل أبو الليث الكبير عمن قال لآخر: خذ هذا الثوب بعشرة. فقال: أخذت، ثم قال البائع: لا أعطيك؟ قال: ليس له ذلك، وكذلك المشتري ليس له أن يمتنع بعد قوله: أخذت. كذا في المحيط»[1]. ومن هنا علمنا أ ن قاعدة الحنفية في عدم انعقاد العقود المالية بالأمر قد اهتزت أمام هذه الاستثناءات الكثيرة، ولذلك نالت عدم الارتياح حتى من قبل أصحاب المذهب الحنفي أنفسهم، فهذا ابن الهمام يصرح بأن الانعقاد بـه أحسـن، «لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولاً، وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً»[2]. كما أن القرينة لها دور بارز في جعل الأمر صالحاً لإنشاء للعقد به كما إذا كان التعبير بالأمر عن طريق الكتابة[3].

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى انعقاد العقود بالأمر مطلقاً ما دام لم يمنعه مانع من دلالته على الإنشاء قال سيدي خليل: «وينعقد ـ أي البيع ـ ببعني فيقول: «بعت»[4].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/٤).

(٢) فتح القدير (٢/٣٤٥).

(٣) حيث ذكر محمد في المبسوط. «أنه لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع». لكن الفقهاء المتأخرين قد اختلفوا في تعليل ذلك فبعضهم قال: السبب يعود إلى الفرق بين الحاضر والغائب، فبعني من الحاضر يكون استياماً عادة، وأما من الغالب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد.

يراجع: فتح القدير (٥/٧٩).

(٤) مختصر خليل مع شرحه للخرشي (٥/٦) وقال الخرشي: «ولما كان المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفا استوى لفظ الأمر مع الماضي». وقال سيدي خليل في مختصره مع شرح الخرشي بخصوص النكاح: «وينعقد بزوجني، فيفعل، ولزم وإن لم يرض». قال الخرشي في شرحه عليه (٣/١٧٤) «أي وإن لم يرض أحدهما على المشهور بأن قال عقب: فعلت، أو زوجت: لا أرضى، بخلاف البيع إذا وقف الرجل بسلعته في السوق للبيع فقال له المشتري: بكم =

وقال العلّامة الدسوقي: «والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً... والأمر كبعني إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له، أو التماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه وعدمه، لكن العرف دل على رضاه به، وحينئذٍ فيستوي الأمر مع الماضي»(١). وذكر العلّامة الدردير أنه لا خلاف في انعقاد العقد بصيغة الأمر لكن الخلاف وقع بين ابن القاسم وغيره حيث يقول ابن القاسم في المدونة أنه إذا قال: بعني فرضي الآخر انعقد لكنه إذا قال: أنا لم أرده، يصدق بيمين، فإن لم يحلف لزم البيع، وقال غيره إن الأمر كالماضي في اللزوم بلا يـمين(٢).

أما الشافعية فلهم في انعقاد البيع ونحوه بلفظ الأمر قولان أو وجهان(٣)، غير أن فقهاء المذهب الشافعي اختلفوا في ترجيح أحدهما على الآخر قال الرافعي: «ادعى صاحب الكتاب - أي الغزالي - أن الأصح المنع(٤).... لكن الذي عليه الجمهور ترجيح الانعقاد... وفي نظير المسألة من النكاح طريقان مذكوران في موضعهما، والأصح فيه الانعقاد باتفاق الأئمة»(٥). وقد بين الغزالي السبب في هذه التفرقة بين النكاح، وبين البيع فقال: «نص الشافعي على أن النكاح ينعقد بـالاستيجاب،

= هي؟ فقال البائع: هي بمائة فقال المشتري: أخذتها فقال البائع: لا أرضى، إنه يحلف: ما أراد البيع... والفرق أن النكاح هزله جد بخلاف البيع، ولأن العادة جارية بمساومة السلع وإيقافها للبيع في الأسواق... بخلاف النكاح». وقال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/١٧٠): «وإذا قال له: بعني سلعتك بكذا وكذا فقال: قد بعتها فعند مالك أن البيع قد وقع، وقد لزمه إلا أن يأتي في ذلك بـعذر». ويراجع: حاشية الصاوي على الشرح الكبير (٣/٣).

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤).

(٢) الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك (٢/٣٤٤). وراجع الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤)؛ ومـواهب الجليل (٤/٢٢٩).

(٣) المراد بالقول في المذهب الشافعي هو القول المنسوب للشافعي نفسه، والمراد بالوجه هو الرأي المنسوب لأصحابه.

يراجع: مقدمة الغاية القصوى، بتحقيقنا في هذه المصطلحات المذهبية (١/١١٠).

(٤) الوجيز طبعة دار المعرفة (١/١٣٢، ٢/٤)؛ ومع شرحه فتح العزيز (٨/٩٧)؛ والمنهاج مع تحفة المحتاج (٤/٢٢١). حيث رجح النووي البيع بالأمر سواء كان بلفظ: بعني، أو اشترِ مني» - كما أنه لم يذكر الخلاف في المنهاج بالنسبة للنكاح. يراجع المنهـاج مع شـرح المحلي عليه (٣/٢١٧).

(٥) فتح العزيز (٨/١٠١). ويراجع: المجموع (٩/١٦٢)، والغاية القصوى (٢/٧٢٥)؛ والمنهاج مع شرحه المحلي (٢/١٥٣، ٣/٢١٧)؛ والمهذب (١/٢٥٧)؛ والروضة (٣/٣٣٧).

والإيجاب وهو قول الزوج: زوجنيها، وقول الولي: زوجتكها، ونص في البيع على قولين، وقطع الأصحاب بأن ذلك يكفي في الخلع، والعتق على المال، والصلح عن دم العمد، لأن العوض غير مقصود فيها، وإنما لا ينعقد البيع على قول لأنه قد يقول: بعني على سبيل استبانة الرغبة من غير الرضا، لأنه قد يقع بغتة، بخلاف النكاح»[1]، وقد رد البيضاوي على هذا بقوله: «الطلب يوافق الإرادة غالباً»[2].

وقد ذكر الفقهاء الشافعيون تطبيقات كثيرة في كافة العقود حيث أجازوا صحة انعقاد الوكالة[3] والإقالة[4] والطلاق[5] وغيرها بالأمر.

وأما الحنابلة فلهم في انعقاد البيع ونحوه بالأمر روايتان قال ابن قدامة «وإن تقدم بلفظ الطلب فقال: يعني ثوبك فقال بعتك ففيه روايتان:

إحداهما: يصح...

والثانية: لا يصح»[6].

وأما النكاح فلا يصح مطلقاً بصيغة الأمر[7].

وكذلك الأمر لدى الإمامية حيث اختلفوا في انعقاد العقد بالأمر على رأيين[8]. وأما الزيدية فقد أجازوا صحة عقد النكاح[9] بالأمر، وعدم انعقاد البيع به[10] وكذلك الأمر عند الأباضية[11].

---

(١) الوسيط، مخطوطة طلعت (٢٠٦) جـ (٣) ورقة (١١).

(٢) الغاية القصوى (١/٤٥٧).

(٣) مختصر قواعد العلائي ص (٣٥٣).

(٤) المجموع (٩/١٦٢).

(٥) وذكروا له بأن يقول: طلقي نفسك. فقالت: طلقت. صح طلاقه.

يراجع مختصر قواعد العلائي ص (٥٢١). ويراجع: الغاية القصوى (٢/٧٨٢ - ٧٨٣)؛ والروضة (٨/٤٨). وكذلك لو قال لها: اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق فقالت: اخترت نفسي أو اخترت، ونوت وقعت طلقة. انظر الروضة (٨/٤٩).

(٦) المغني لابن قدامة (٣/٥٦١)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٦).

(٧) المغني لابن قدامة (٦/٥٣٤).

(٨) يراجع في تفصيل هذه المسألة لديهم: تذكرة الفقهاء للحلي (٧/٥)؛ ومسالك الإفهام (١/٤٤٢٠)؛ وبحر العلوم، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (٥٦، ٥٧).

(٩) البحر الزخار (٤/١٨).

(١٠) البحر الزخار (٤/٢٩٧).

(١١) شرح النيل (٢/١٠).

والخلاصة أن جمهور الفقهاء على أن صيغة الأمر صالحة للانعقاد بها، منهم المالكية والحنفية بالنسبة للنكاح وبعض متأخري الحنفية حتى في العقود المالية، والشافعية على الراجح عندهم في البيع ونحوه، ورواية لأحمد، ورأي داخل المذهب الإمامي، والزيدية بالنسبة للنكاح.

في حين ذهب إلى عدم الاعتداد بها الحنفية بالنسبة للبيع ـ ما عدا بعض المتأخرين ـ ورأي مرجوح لدى الأكثرية في المذهب الشافعي، وأحمد بالنسبة للنكاح ورواية عنه بالنسبة للبيع، والإمامية، والزيدية بخصوص البيع[١].

وقد ذكرنا أدلتهم بإيجاز لكن الذي يرجحه الدليل هو أن صيغة الأمر صالحة لإنشاء العقد لأن من يطلب الشيء راضٍ به، فعلى هذا إذا قال شخص: بعني بكذا فقال الآخر بعت فقد تم العقد إلا أن يثبت بالأدلة الحالية أو المقالية أنه لم يقصد العقد، بل أراد اختبار صدقه في أنه هل يبيع أم لا، أو كان عرف أهل بلد استعمال الأمر لغير الإنشاء.

وتتلخص أدلة مانعي انعقاد العقد بصيغة الأمر في أنها ليست للإيجاب والقبول بل هي تعني المساومة، إذن فلا بدّ من لفظ آخر ليدل على قصد الإنشاء كما أن الشرع لم يرد باستعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود، ومن هنا يقتصر على ما ورد به الشرع، قال المرغيناني: «والإنشاء يعرف بالشرع»[٢]، ويمكن الرد بأن كل ذلك غير مسلم، لأنه ليس لنا في الشرع ما يدل على اشتراط صيغة مخصوصة، بل علق حل أموال الناس على شرط واحد وهو التراضي وهو يمكن الدليل عليه بصيغة الأمر، لأن الإنسان راضٍ بما يطلبه، كما أن العرف له دور بارز في تعيين المقصود. فقد روى البخاري تعليقاً عن إبراهيم النخعي قال: «إن العرب تقول: «بع لي ثوباً، وهي تعني الشراء»[٣].

ومن جهة ثانية أن صيغة الأمر قد وردت في الشرع في بعض العقود فقد روى البخاري وغيره في قصة بيع جمل جابر للرسول ﷺ أنه ﷺ قال له: «بعنيه بأوقيه» فبعته[٤]... وفي رواية عطاء قال: «بعنيه» قلت: هو لك يا رسول الله، قال: «بعنيه»[٥].

---

(١) المصادر السابقة جميعها.

(٢) الهداية مع فتح القدير (٥/٧٥).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٧٢).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشروط (٥/٣١٤). ورواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (٣/١٢٢٢).

(٥) فتح الباري (٥/٣١٥).

وهذا الحديث دليل على أن العقد يتم بصيغة الأمر مع جواب الثاني، وليس في الحديث أي إشارة إلى أن الرسول ﷺ قد أعاد لفظاً آخر. وروى البخاري أيضاً أنه ﷺ قال لجابر بعد أن نقد ثمنه «خذ جملك ولك ثمنه»(١)، فأخذ جابر جمله بناءً على هذا الأمر، ولم ينتظر إلى أن يتلفظ بصيغة الماضي وقد تكرر استعمال صيغة الأمر في الشرع كثيراً فقد روى البخاري وغيره أيضاً عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويرده.. فقال النبي لعمر: بعنيه، قال: هو لك يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ بعنيه، فباعه، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت»(٢). وروى الترمذي أيضاً أن النبي ﷺ قال لصاحب عبد: «بعنيه»(٣). وقد وردت أيضاً أحاديث في استعمال الأمر في عقد النكاح فقد روى البخاري في صحيحه ومسلم في صحيحه أن رجلاً قام إلى رسول الله في قصة المرأة التي وهبت نفسها إليه ولم يجد له بها حاجة فقال: «يا رسول الله إن لم يكن لك بها فزوجنيها.. قال: انطلق فقد زوجتكها بما معك من القرآن»(٤).

فعلى ضوء ما سبق أن صيغة الأمر كانت شائعة في عرف العرب في الدلالة على رضا الطالب، وأن الرسول ﷺ قد استعملها كثيراً في بياعاته وليس في هذه الأحاديث إشارة إلى إعادة الإيجاب بلفظ ماضٍ بعد أن طلب البيع، فلو كان استعمال الأمر غير كافٍ لبينه الرسول ﷺ لأنه المبين فدلَّ على أن صيغة الأمر صالحة لإنشاء العقد، وأنه لا حاجة بعد قول الموجب بعني: أن يقول ـ بعد موافقة القابل ـ اشتريت.

الغصن الثاني

مدى دلالة الصريح والكنائي على الرضا في العقود

يراد باللفظ الصريح في عرف الفقهاء ما يدل على إنشاء العقد دلالة واضحة أي دون الحاجة إلى النية أو القرينة، وباللفظ الكنائي هو ما احتاج في انعقاد العقد به إلى النية أو القرينة غير أن تحديد اللفظ الذي يحتاج إلى النية، والذي لا يحتاج إليها محل

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٢٠).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٣/٣٣٤). ويراجع مسند أحمد (٣/٣٢٨).

(٣) صحيح مسلم، كتاب المساقاة (٣/١٢٢٣)؛ وسنن الترمذي مع التحفة، كتاب البيوع (٤/٤٣٨).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب النكاح (٩/١٣١)؛ صحيح مسلم، كتاب النكاح (٢/١٠٤٠ - ١٠٤١)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٢٥٤)؛ والنسائي (٦/١٠١)؛ وأبو داود مع العون (٦/١٤٥).

اجتهاد ونظر، قال الكاساني: «الصريح اسم لما هو ظاهر المراد ومكشوف المعنى عند السامع»(١). وقال السيوطي: «قال العلماء: الصريح: اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، ويقابله الكناية»(٢). وقال الشبراملسي في تعريف الكناية: «هي لفظ يحتمل المراد وغيره، فيحتاج في الاعتداد به لنية المراد، لخفائه»(٣). وذكر الحنفية هذين المصطلحين في باب الطلاق، فقالوا: إن الصريح هو ما يقع به الطلاق طلاقاً رجعياً(٤)، ولا يفتقر إلى النية(٥). ثم حددوا ألفاظه بأنها هي قوله: أنت طالق، ومُطَلَّقَةٌ، وطلقتك(٦). فهذه الألفاظ إذا صدرت ممن هو أهل للتعبير لا تحتاج في وقوع الطلاق بها إلى النية(٧). وأما الكنايات فهي ما لا يقع الطلاق بها إلا بالنية، أو بدلالة الحال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي، ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة، وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا، وإن نوى ثنتين، كانت واحدة، مثل قوله: أنت بائن، وبتة، وحرام، وحبلك على غاربك، وغيرها من الألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره(٨). ولم يظهر عند الحنفية استعمال هذين المصطلحين بشكل واضح في البيوع وغيرها(٩)، وربما يعود السبب في ذلك إلى أن البيوع لا تصح عندهم بالكنايات(١٠).

---

(١) بدائع الصنائع (١٧٩٤/٤).

(٢) الأشباه والنظائر ص (٣١٨).

(٣) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٨٤/٦).

(٤) أي وضع اللفظ ليقع به الطلاق الذي يعقبه حق الرجعة، فعلى هذا فالطلاق في المرة الثالثة بهذه الألفاظ صريحة. انظر فتح القدير (٤٥/٣، ٨٥).

(٥) الهداية مع فتح القدير (٤٤/٣)؛ والبحر الرائق (٢٦٩/٣). وقد عرف الكاساني في البدائع (١٧٩٤/٤) الصريح بقوله: «هو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح، وهو لفظ الطلاق، أو التطليق مثل: أنت طالق». وعرف صاحب شرح الوقاية (١٩٠/١) الصريح بأنه اللفظ المستعمل فيما وضع له شرعاً.

(٦) فتح القدير مع شرح العناية (٤٥/٣).

(٧) المصادر السابقة.

(٨) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٨٧/٣ ـ ٩١).

(٩) فتح القدير (٧٤/٥)؛ والفتاوى الهندية (٤/٣). ولا يمنع من إطلاقي هذا ما مثل به صاحب شرح المنار ص (١٦٥) للصريح ببعت واشتريت وذلك لأنه لم يذكر أمثلة إلا للصريح دون الكناية.

(١٠) فتح القدير (٧٤/٥)؛ والبحر الرائق (٢٧٨/٥).

وحصر المالكية ألفاظ الطلاق الصريح الذي لا يحتاج إلى نية الإيقاع في أربعة ألفاظ وهي: طلقت، وأنا طالق منك، أو أنت طالق أو مطلقة ـ بتشديد اللام ـ، أو الطلاق ـ لي، أو على، أو مني، ولك، أو عليك، أو منك ونحو ذلك ـ لازم ونحوه، ويقع بها طلقة واحدة إلا لنية أكثر فيلزمه ما نواه. والصريح لا يحتاج في وقوع الطلاق به إلا إلى قصد اللفظ[1]. وأما الكناية فهو اللفظ الذي يكون مجازاً في دلالته[2]، وهي غير هذه الألفاظ الأربعة مما يحتمل الطلاق وغيره، وهي على قسمين: كناية ظاهرة لا تحتاج إلى نية في وقوع الطلاق بها، بل هي كالصريح، وكناية خفية تحتاج إليها في الوقوع. ثم الكناية الظاهرة على خمسة أقسام وهي:

١ ـ ما يلزمه فيه الطلاق الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوي مثل أن يقول: أنت بتة، وحبلك على غاربك، بالإضافة إلى لفظي التسريح، والفراق[3].

٢ ـ وما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها، وينوي في غيرها مثل أن يقول: أنت كالميتة، أو وهبتك، ورددتك لأهلك، فيلزمه الطلاق الثلاث إلا أن يقول: نويت أقل من الثلاث فإنه يلزمه ما نوى، ويصدق مع يمينه، فإن نكل عن اليمين يلزمه الثلاث.

٣ ـ ما يلزم به ثلاث وينوي في مدخول بها وغيرها مثل أن يقول: خليت سبيلك، أو: ألحقي بأهلك، أو ادخلي.

٤ ـ ما يلزم فيه ثلاث في المدخول بها، واحدة في غيرها إلا أن ينوي أكثر مثل أن يقول: أنت طالق واحدة بائنة.

٥ ـ ما يلزم فيه واحدة في المدخول بها وغيرها إلا لنية أكثر مثل أن يقول: اعتدي[4].

وأما الكناية الخفية وهي المحتملة للطلاق وغيره قال الخرشي: «فإن لم يرد أحد الاحتمالين فلا شيء عليه»[5]، مثل أن يقول: اذهبي وانصرفي، أو يقول له شخص:

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٧٨)؛ وشرح الحرشي (٤/٤٣). وقد أراد البعض أن يضع ضابطة وهي أن الصريح ما كان فيه الحروف الثلاثة: الطاء، واللام، والقاف. وهو مشكل لشموله نحو منطلقه، ومُطْلَقة، ومطلوقة مع أنها ليست صرائح.

يراجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣٧٨). ويراجع شرح ابن ميارة (١/٢٢٥).

(٢) بداية المجتهد (٢/٧٤).

(٣) القوانين الفقهية ص (١٩٨).

(٤) شرح الخرشي على المختصر (٤/٤٣).

(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٤٧).

ألك امرأة؟ فيقول: لا، فإن نوى الطلاق ونوى في عدده فيلزم ما نواه واحدة أو أكثر[1].

وأكثر من ذلك فإن المالكية اعتدوا بكل نية للطلاق مع أي لفظ كان قال ابن جزي: «وأما ألفاظ الطلاق فهي أربعة: الصريح، والكناية الظاهرة، والكناية الخفية، وما عداها من الألفاظ التي لا تدل على الطلاق كقوله: اسقني ماء ونحوه، فإ أراد به الطلاق لزمه على المشهور، وإن لم يرده لم يلزمه»[2].

ولم أرَ المالكية أيضاً يستعملون هذين المصطلحين في البيوع ونحوها قال ابن رشد: «وعند الشافعي أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة، وبالكناية، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً»[3].

وأما الشافعية فقد عمموا لفظي الصريح والكناية لجميع العقود ووضعوا لهما قواعد وضوابط وأحكاماً تترتب على كل واحد منهما، قال الزركشي: «اعلم أن ألفاظ العقود والفسوخ وما جرى مجراهما تنقسم إلى صريح، وكناية، والضابط، كما قاله الإمام أن ما ورد في الشرع إما أن يتكرر أو لا، فإن تكرر حتى اشتهر كالبيع، والعتق، والطلاق فهو صريح، وإن لم يشع في العادة فإن عرف الشرع هو المتبع... وأما أن لا يتكرر بل ذكر في الشرع مرة ولم يشع على لسان جملة الشرع كالمفاداة في الخلع في قوله تعالى: ﴿ فلا جُنَاحَ عليهما فِيمَا ٱفْتَدَتْ به ﴾[4]، والفك في العِتق في قوله تعالى: ﴿ فك رقبة ﴾[5]، والإمساك في الرجعة في قوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوف ﴾[6] فوجهان: والأصح التحاقه بالصريح في الكل، وأما ما لم يرد في الكتاب والسنّة ولكن شاع في العرف كقوله لزوجته: أنت على حرام فإنه لم يرد شرعاً الطلاق به، وشاع العرف في إرادته فوجهان، والأصح التحاقه بالكناية»[7]. ثم ذكر الزركشي نوعاً خامساً ليكتمل به التقسيم فقال: «وما لم يرد على لسان الشارع، ولكن شاع على ألسنة حملته، وكان هو المقصود من العقد ففي كونه صريحاً وجهان، والأصح صراحته،

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٨).

(٢) القوانين الفقهية بإيجاز ص (١٩٧ ـ ١٩٨). ويراجع: شرح الخرشي (٤/٤٨).

(٣) بداية المجتهد (٢/١٧٠).

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٥) سورة البلد: الآية ١٣.

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٣١.

(٧) المنثور في القواعد (٢/٣٠٦ ـ ٣٠٧).

وهذا كلفظ التمليك في البيع، والفسخ في الخلع، لأنه المقصود فيهما، فإذا استعمل فيه كان صريحاً فيه»[1].

وأما الصريح في الطلاق فهو لفظ الطلاق ومشتقاته بالإضافة إلى لفظي: الفراق والسراح لورودهما في القرآن الكريم[2]. هذا على القول الجديد المعتمد وأما على القول القديم فهو الطلاق ومشتقاته فقط دونهما[3]. وأما كناية الطلاق فإنها كثيرة مثل أن يقول: أنت خلية وبرية وبتة وبائن وحرام وحرة وواحدة واعتدي واستبرئي وألحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، واخرجي ونحوها، فيقع بها ما نوى طلقة أو أكثر، وإن لم ينو لا يقع بها شيء مطلقاً[4].

وأما الألفاظ التي لا تحتمل الطلاق إلّا علـى تقدير متعسف فلا أثر لها فلا يقع بها طلاق وإن نوى[5].

هذا وقد ذكر الفقهاء الشافعيون أن مأخذ الصراحة هو ورود الشرع باللفظ، أو شهرة استعماله فيه، غير أن كيفية هذا الورود، وهذه الشهرة لا تكون على درجة واحدة من حيث القوة والضعف بل لها مراتب خمس ذكرها الإمام السبكي:

أولاها: ما تكرر قرآناً، وسنة مع شيوعه عند العلماء والعامة، فهذا صريح قطعاً كلفظ الطلاق.

وثانيتها: المتكرر غير الشائع كلفظ الفراق والسراح، ففيه خلاف حيث جعلهما الشافعي وأحمد[6] من الصرائح في حين اتجه أبو حنيفة ومالك إلى اعتبارهما من الكنايات.

---

(١) المنثور في القواعد (٢/٣٠٧).

(٢) فقد ورد لفظ «السراح» ومشتقاته في القرآن الكريم ثماني مرات في آيات: ٢٢٩، ٢٣١ من سورة البقرة؛ و٦ من سورة النحل؛ ٢٨، ٢٨، ٤٩، ٤٩ من سورة الأحزاب. وأما لفظ الفراق في الطلاق فقد استعمل في القرآن الكريم مرتين مرة في سورة الطلاق الآية ٢، ومرة في سورة النساء الآية ١٣٠.

(٣) يراجع: الغاية القصوى (٢/٧٨٦)؛ وروضة الطالبين (٨/٢٣)؛ ومغني المحتاج (٣/٢٨٠)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القـليوبي وعميرة (٣/٣٢٤).

(٤) الروضة (٨/٢٦، ٧٥)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٦).

(٥) وقد ذكر النووي أمثلة لذلك فقال: «مثل قوله بارك الله فيك، وما أحسن وجهك، وتعالي، واسقيني واقعدي... فهذه لغو في الطلاق». وحكى وجه ضعيف في أنها كناية. الروضة (٨/٢٧).

(٦) المغني لابن قدامة (٧/١٢١)؛ والمصادر السابقة.

وثالثتها: الوارد غير الشائع كالافتداء، وفيه خلاف أيضاً.

ورابعتها: ورود اللفظ دون ورود الثالثة، ولكنه شائع على لسان حملة الشرع كالخلع، والمشهور أنه صريح[1].

وخامستها: ما لم يرد، ولم يشع عند العلماء، ولكنه عند العامة مثل حلال الله على حرام، والأصح أنه كناية[2].

ثم إن الشافعية قد ذكروا قاعدة فيما يقبل من العقود بالكنايات وما لا يقبل بها قال الرافعي: «قال الأئمة: كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق، والعتق والإبراء فينعقد بالكنايات مع النية انعقاده بالصريح، وما لا يستقل به الشخص، بل يفتقر إلى الإيجاب والقبول فهو على ضربين: أحدهما: ما يفتقر إلى الإشهاد كالنكاح، وكبيع الوكيل إذا شرط الموكل عليه الإشهاد فهذا لا ينعقد بالكناية، لأن الشهود لا يطلعون على القصود والنيات، والإشهاد على العقد لا بدّ منه...[3]. والثاني: ما لا يفتقر إليه - أي إلى الإشهاد - فهو أيضاً على ضربين:

أحدهما: ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة، والخلع، فينعقد بالكناية مع النية، قال الشافعي: لو قال لامرأته أنت بائن بألف، فقالت: قبلت ونويا صح الخلع.

والثاني: ما لا يقبل كالبيع والإجارة وغيرهما، وفي انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية وجهان أصحهما الانعقاد... ومثال الكناية في البيع أن يقول: خذه مني، أو تسلمه مني بألف، أو أدخله في ملكك، أو جعلته لك بكذا ملكاً وما أشبه ذلك»[4].

وأما الحنابلة فقد ذكروا أن صريح الطلاق هو الطلاق والفراق والسراح، وما يشتق منها[5]، وأما الكناية فهي الألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره، فيقع بها الطلاق

---

(١) قال النووي في المنهاج مع شرحه للمحلي (٣/٣١٣): «ولفظ الخلع صريح، قال المحلي: «أي صريح في الطلاق لشيوعه في العرف».

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٨).

(٣) فتح العزيز (٨/١٠٢). وذكر أن هذا التوجيه قد يتوقف فيه، لأنه ربما يتوفر بواسطة القرائن العلم بإرادة إنشاء العقد.

(٤) فتح العزيز (٨/١٠٢ - ١٠٣)؛ والروضة (٣/٣٣٨)؛ والمجموع (٩/١٦٦). وذكره بإيجاز الغزالي في الوسيط، مخطوطة طلعت (٢٠٦) جـ(٣) ق (١٠).

(٥) المغني لابن قدامة (٧/١٢١)؛ وحاشية الروض المربع على زاد المستقنع (٦/٤٩٨).

مع النية[1]، لكنه في بعض الحالات لا يبحث عن النية في بعض الروايات ما دام هناك قرينة فمثلاً لو قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال: هذا طلاقك فقد وقع الطلاق على ضوء ما ذكره الخرقي[2]، فقال ابن قدامة في توجيه ذلك: «ولا نعلم خلافاً في «أنت حرة» أنه كناية في الطلاق ـ إذا نواه به وقع وإلا فلا ـ فأما إذا لطمها وقال: هذا طلاقك فإن كثيراً من الفقهاء قالوا: ليس هذا كناية، ولا يقع به طلاق وإن نوى... وقال ابن حامد: يقع به الطلاق من غير نية... ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان في حال الغضب، فيكون الغضب قائماً مقام النية، كما قام مقامها في قوله: أنت حرة، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية، لأنه يصدر عن الغضب فجرى مجراه»[3]. ثم ذكر ابن قدامة رأي الحنابلة عموماً في جريان الكناية في حالة الغضب. هل يكتفي بها بدون النية أم لا، فقال: «إذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرقي في هذا الموضع أنه يقع الطلاق، وذكر القاضي، وأبو بكر، وأبو الخطاب في ذلك روايتين إحداهما: يقع الطلاق، والثانية ليس بطلاق»[4]. وهل يقع بالكنايات طلقة واحدة، أم ثلاث؟ فقد روى عن أحمد أنه قال في حكم بعض الكنايات: «وإذا قال لها: أنت خلية أو أنت برية، أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحقي بأهلكِ فهو عندي ثلاث، ولكن أكره أن أفتي به سواء دخل بها أو لم يدخل»[5]، قال ابن قدامة: «... وحكى ابن أبي موسى في الإرشاد عنه روايتين: إحداهما: أنها ـ أي الكنايات ـ ثلاث. والثانية: يرجع إلى ما نواه، اختارها أبو الخطاب»[6]. غير أن صاحب زاد المستقنع قد بيّن أن الكناية على نوعين: ظاهرة وخفية، فالأولى مثل الصيغ التي ذكرناها آنفاً، والخفية مثل: اخرجي، واذهبي، واعتدي، واستبرئي ولست لي بامرأة وما أشبهه، كلفظ فراق، وسراح، وما تصرف

---

(١) هذا ظاهر كلام الخرقي فقد ذكر صاحب زاد المستقنع: «ولا يقع بكناية ـ ولو كانت ظاهرة ـ طلاق إلا بنية مقارنة للفظ... إلا حال خصومة، أو غضب، أو حال جواب سؤالها فيقع الطلاق في هذه الأحوال بالكناية ولو لم ينوه، للقرينة، حتى لو لم يرده في هذه الأحوال، أو أراد غيره فيها لم يقبل منه قضاء».

انظر: زاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٦/٥٠٨).

(٢) متن الخرقي مع المغني لابن قدامة (٧/١٢٤).

(٣) المغني (٧/١٢٤ ـ ١٢٥).

(٤) المغني لابن قدامة (٧/١٢٥).

(٥) المغني لابن قدامة (٧/١٢٧).

(٦) المغني (٧/١٢٨).

منهما. . .» ثم قال: «ويقع مع النية بالكناية الظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة، ويقع بالخفية ما نواه، واحدة أو أكثر»[1]. وذكر ابن رجب: قول القاضي في مواضع: لا كناية إلا في الطلاق والعتاق. وذكر أبو الخطاب دخول الكنايات في سائر العقود سوى النكاح[2].

وأما الظاهرية فلا يعترفون بالكنايات قال ابن حزم: «لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق، وإما السراح، وإما الفراق، مثـل أن يقول: أنت طالق. . . أو أنت مسرحة. . . أو أنت مفارقة، هذا كله إذا نوى به الطلاق، فإن قال في شيء من ذلك كله: لم أنو الطلاق صدق في الفتيا، ولم يصدق في القضاء في الطلاق وما تصرف منه، وصدق في سائر ذلك في القضاء أيضاً»[3]. فعلى هذا فقد فرقوا بين لفظ الطلاق ومشتقاته، وبين الفراق والسراح ومشتقاتهما حيث لا يصدق قضاء في عدم نية الطلاق في الأول، في حين يصدق قضاء في الأخيرتين، وقد أرجع ابن حزم هذه التفرقة بينهما إلى كون لفظ «الطلاق» لا يقع في اللغة التي خوطبنا بها أحكام الشريعة إلّا على حل عقد الزواج فقط، لا على معنى آخر البتة، فلا يجوز أن يصدق دعواه في حكم قد ثبت بالبينة عليه.

وأما ألفاظ السراح والفراق فإنها تقع في اللغة على حل عقد الزواج وعلى معانٍ أُخَرَ وقوعاً مستوياً، فيكون: أنت مسرحة أي أنت مسرحة للخروج، وقوله: قد فارقتك، أو أنت مفارقة أي في شيء مما بينهما[4]، ثم قال ابن حزم: «وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة ـ نوى بها طلاقاً أو لم ينو ـ لا في الفتيا، ولا في قضاء مثل: الخلية، والبرية، وحبلك على غاربك. . .»[5].

والإمامية أيضاً حصروا صيغة الطلاق على «طالق» تحصيلاً لموضع الاتفاق وقالوا بعدم الوقوع بخلية، أو برية، أو اعتدي أو نحوها[6]. وجاء في وسيلة النجاة أنه: «لا يقع الطلاق بالكنايات»[7]. لكن ذكر الحلي أن الطلاق يقع بقوله: اعتدي ونوى به الطلاق

(١) زاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٦/٥٠٤ ـ ٥١٠).
(٢) القواعد لابن رجب ص (٥١).
(٣) المحلى لابن حزم (١١/٤٩٣).
(٤) المحلى (١١/٤٩٤).
(٥) المصدر السابق نفسه.
(٦) المختصر النافع للحلي ص (٢٢١).
(٧) وسيلة النجاة (٢/٤٣٥).

في رواية الحلبي ومحمد بن مسلم لكنها ضعيفة(١).

وأما الزيدية فذهبوا إلى تقسيم صيغ الطلاق إلى صريح وكناية، فالصريح لديهم هو الطلاق، وأما: أنت مسرحة، أو مفارقة فكناية(٢)، والكناية هي ما احتمل الطلاق وغيره كأنت حرة، خلية... ولا بد من النية فيها، ولا تكفي القرينة(٢)، جاء في الروض النضير: «حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام: «في الخلية والبرية والبتة والبتلة والبائن والحرام نوقفه. فنقول: ما نويت؟ فإن قال: نويت واحدة كانت واحدة بائناً،... وإن قال: نويت ثلاثاً. كانت حراماً حتى تنكح زوجاً غيره...»(٣).

تقدير نظرية الصريح والكناية في الفقه الإسلامي

حينما يرد ذكر الصريح والكناية في الفقه يتبادر الذهن إلى الصريح، والكناية لدى اللغويين ولا سيما البلاغيين، فهل المراد بهما لدى الفقهاء هو عين ما أراد به البلاغيون؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد أن نستعرض بإيجاز ما اصطلح عليه فيهما كل من الفريقين. فإذا كان الفقهاء قد قسموا اللفظ إلى قسمين صريح وكناية، فإن البلاغيين قد قسموه إلى ثلاثة أقسام حقيقة، ومجاز، وكناية. فالحقيقة هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح المخاطب، والمجاز هو المستعمل في غير ما وضع له لقرينة مانعة عن إرادة الموضوع له(٤)، والكناية هي لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادته معه(٥).

وأما الصريح لدى الفقهاء فهو ـ كما سبق ـ اللفظ الدال على إنشاء العقد دون احتمال غيره، والكناية هي كما قال الزركشي ـ ما احتمل معنيين فصاعداً وإن كانت

(١) شرائع الإسلام (٣/٥٥).

(٢) يراجع تفصيله في: البحر الزخار (٤/١٥٥ ـ ١٥٧).

(٣) الروض النضير (٤/٣٩١).

(٤) تلخيص المفتاح، المطبوع ضمن مجموع المتون، طبعة مصطفى الحلبي ص (٦٧٨).

(٥) تلخيص المفتاح ص (٦٨٧). وقد ذكر الخطيب فيه أن الفرق بين المجاز، والكناية يكمن في أن الكناية تخالف المجاز من جهة إرادة المعنى الحقيقي للفظ مع إرادة لازمة، مثل قول العرب كناية عن المضياف والجود: فلان كثير الرماد. فهذه الجملة يمكن أن يراد بها معناها الحقيقي في حين لا يمكن أن يستعمل المجاز في معناه الحقيقي لوجود قرينة مانعة عنه، فمثلاً: «رأيت أسداً مغواراً في ساحة الحرب»، لا يمكن أن يراد بالأسد معناه الحقيقي.

دلالته في أحد معانيه أظهر[١]. فعلى هذا فنطاق الكناية في إطلاق الفقهاء أوسع مدى من إطلاق البلاغيين لها فهي شاملة لكل لفظ يحتمل معنيين سواء كان أحدهما على سبيل الحقيقة والآخر على سبيل المجاز، أم لا، فعلى هذا يدخل المشترك اللفظي الذي هو حقيقة في معانيه لدى البلاغيين فيكون كناية في عرف الفقهاء[٢]، فالكناية لدى الفقهاء يمتد ظلالها ليشمل المجاز والكناية لدى اللغويين، بل تحاصر الحقيقة فلا تُبقي لها إلا ما دل على إنشاء العقد دون احتمال غيره، بل تستلب منها اللفظ الصريح الذي ورد في ظروف وملابسات يحتمل أن قائله لم يرد به حقيقته كصريح لفظ العقد عند الإكراه[٣]. وبعبارة أخرى أن الصريح في عرف الأصوليين والفقهاء قد يكون حقيقة في عرف اللغويين بل قد يكون مجازاً لديهم، وكذلك الكناية، فالضابط هنا هو أن اللفظ إذا كان دالاً على إنشاء العقد دلالة واضحة وظهر المراد منه ظهوراً بيناً فهو صريح وإلا فكناية، ولذلك نرى الأصوليين يقسمون الحقيقة والمجاز إلى الصريح والكناية قال العلامة المحبوبي: «ثم كل واحد من الحقيقة والمجاز إن كان في نفسه بحيث لا يستتر المراد فصريح، وإلا فكناية»[٤]. قال ابن عابدين «والصريح عند علماء الأصول: ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة، والمجاز المتعارف، فالأول كأعرتك، والثاني: كأطعمتك ارضي»[٥]. إذن فعناصر الصراحة هو وضوح الدلالة على المقصود دون الحاجة إلى النية أو القرينة، وكون معناه واحداً متعيناً لا مشتركاً أو مبعثراً وأن مأخذ الصراحة يعود إلى الشرع، والعرف، إذن يكون الوضوح راجعاً إلى السامع العادي باعتباره فرداً من أفراد المجتمع الذي اشتهر فيه هذا اللفظ للدلالة على هذا المعنى المتعين، في حين أن مرجع الكناية إلى المتكلم، لأنه هو صاحبها هل نوى أم لا[٦]. ثم إن هذا المصطلحين ـ الصريح

---

(١) المنثور في القواعد (٣/١٠١).

(٢) لأن المشترك ليس صريحاً فيكون كناية. ويراجع: المنثور في القواعد (٣/١٠١).

(٣) قال السيوطي: «وعلى هذا فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه كناية، إن نوى وقع، وإلا فلا». انظر: الأشباه والنظائر ص (٣١٩).

وتفسير ذلك أن المكره قد يريد بلفظ طلقت دفع الأذى عن نفسه، وهو الظاهر لكنه لو أراد فعلاً طلاقاً زوجته وقع طلاقها.

(٤) يراجع في تفصيل ذلك التلويح على التوضيح (١/١٣٥)؛ وشرح المنار لابن ملك ص (١٦٤ ـ ١٦٥)؛ وكشف الأسرار (١/٦٧)؛ وبدائع الصنائع (٤/١٧٩٤).

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/٥٢٥). وراجع تبيين الحقائق (٢/١٩٧)؛ والبحر الرائق (٣/٣٣٢١).

(٦) المصادر السابقة جميعها. ويراجع فيها: د. سوار: التعبير عن الإرادة ص (٣٠٧).

والكناية ـ جاريان في الفقه الإسلامي، ومعتبران فالفقهاء المسلمون قاطبة فرقوا في ألفاظ التصرفات والعقود بين ما هو صريح في التصرف نفسه، وبين ما هو غير صريح فيه، غير أنهما لم يظهر استعمالهما بشكل واضح ومحدد إلا في الطلاق بالدرجة الأولى ثم في الرجعة والعتق، فلا نراهم يبينون لنا ألفاظ الصريح، والكناية في جميع العقود المالية، كما بينوها لنا في الطلاق إلّا الشافعية الذين أولوهما رعاية خاصة وبينوا ألفاظ كل واحد منهما في كل عقد وبشكل واضح ومفصل، وبذلوا في هذا المضمار جهوداً يمكننا القول على ضوئها بأنه قد تكونت لديهم نظرية واضحة متكاملة حول الصريح والكناية، فقد ذكر إمام الحرمين والغزالي والرافعي والنووي والسبكي والزركشي والسيوطي، وغيرهم من فقهائهم هذه النظرية وبسطوا ظلالها على جميع التصرفات القولية والعقود[1]، فقد سبق ما نقله الرافعي عن أئمة الشافعية في القاعدة العامة فيما ينعقد من العقود بالكناية، وما لا ينعقد بها، ومع ذلك فقد ذكروا بالتفصيل الألفاظ التي تعتبر صريحة في كل عقد، وما يعتبر كناية قال السيوطي: «اعلم أن الصريح وقع في الأبواب كلها، وكذا الكناية إلا في الخطبة فلم يذكروا فيها كناية بل ذكروا التعريض[2]، ولا في النكاح، فلم يذكروها للاتفاق على عدم انعقاده بالكناية، ووقع الصريح، والكناية والتعريض جميعاً في القذف»[3]. ثم سرد هو وغيره صرائح الأبواب وكناياتها فقالوا: صرائح البيع في الإيجاب: بعتك، وملكتك، وفي التولية، والإشراك: وليتك وأشركتك، وفي بيع أحد النقدين بالآخر صارفتك، وفي الصلح: صالحتك، قال الأسنوي، ومنها: عوضتك، ومنها: التقرير والترك بعد الانفساخ بأن يقول البائع بعد انفساخ البيع: قررتك على موجب العقد الأول، فيقبل صاحبه. وفي القبول: قبلت، وابتعت، واشتريت، وتملكت، ونعم، وفعلت، ورضيت، ونحو ذلك[4].

وأما الكنايات في البيع فمثل: جعلته لك بكذا، وخذه بكذا، وتسلمه بكذا،

---

(١) انظر: الوسيط، مخطوطة طلعت (٢٠٦) جـ(٣) ورقة (١٠)؛ والأشباه والنظائر للسبكي، مخطوطة؛ والمنثور في القواعد (٢/٣٠٧)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٨ ـ ٣٢٣)؛ وفتح العزيز (٨/١٠٢ ـ ١٠٣)؛ والمجموع (٩/١٦٦)؛ والروضة (٣/٣٣٨).

(٢) التعريض هو ما يفهم به السامع مراده من غير تصريح مثل أن يقول للمرأة التي يريد أن يخطبها وهي في العدة «مثلك يتمنى كل واحد أن يتزوجها» أو نحو ذلك فالتعريض غير الكناية، فهي تلزم من اللفظ نفسه في حين أن التعريض يفهم من تركيب الجملة.

انظر: التعريفات للسيد ص (٣٣)؛ والمصباح المنير (٢/٥٢).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٢٢).

(٤) يراجع الأشباه للسيوطي ص (٣٢٢ ـ ٣٢٣)؛ والمصادر السابقة.

وأدخلته في ملكك، وكذا سلطتك عليه بكذا على الأصح[1]، ومثل باعك الله، وبارك الله لك فيه، وأقالك الله ورده الله عليك في الإقالة[2].

وصرائح القرض: هي أقرضنك، وأسلفتك، وخذ هذا بمثله، خذه وأصرفه في حوائجك ورُدَّ بدله، وملكتكه على أن ترد بدله. وكنايته مثل أن يقول: خذ هذا المبلغ واستعمله في مصارفك فهذا يحتمل القرض، والهبة فيكون كناية لا ينعقد بها إلا مع النية، أو تعينه النية لما هو المقصود به[3].

ومن صرائح الوقف: وقفت، وحبست، وسبلت، وجعلت هذا المكان مسجداً لله تعالى، ومن كناياته: حرمت هذه البقعة للمساكين، وتصدقت بها على المساكين. قال السبكي: «جاء في هذا الباب ـ أي الوقف ـ نوع غريب لم يأت مثله إلا قليلاً، وهو انقسام الصريح إلى ما هو صريح بنفسه وإلى ما هو صريح بغيره»[4]، فمثلاً: صيغة «وقفت» صريح بنفسها، وأما صيغة «تصدقت بهذه الأرض على المساكين» فكناية لكنها إن ضمت إليها «صدقة محرمة» أصبحت صريحاً بغيره».

وأما النكاح فصريحه في الإيجاب: لفظ التزويج، والإنكاح، وفي القبول: قبلت نكاحها، أو تزويجها، أو تزوجت، أو نكحت، وقد قرر الشافعية أن النكاح لا ينعقد بالكناية[5].

وقد ذكرنا صرائح الطلاق وكناياته عند الشافعية آنفاً فلا داعي لتكرارها هنا.

وأما صرائح الرجعة فهي رجعتك وراجعتك وارتجعتك وأما كناياتها فمثل: اخترك ونحو ذلك.

ثم ذكر السيوطي وغيره ألفاظ الصريح والكناية للإيلاء، والظهار، والقذف وزاد

---

(١) الروضة (٣/٣٣٨).

(٢) المجموع (٩/١٦٧)؛ والروضة (٣/٣٣٩). فنقل النووي فيهما: أن الغزالي قال في الفتاوى: لو قال أحد المتبايعين بعني. فقال: قد باعك الله، أو بارك الله لك فيه، أو قال: زوجك الله بنتي، أو قال في الإقالة: قد أقالك الله، أو قد رده عليك فهذا كناية فلا يصح النكاح بكل حال، وأما البيع والإقالة فإن نواهما صح، وإلا فلا».

(٣) الأشباه للسيوطي ص (٣٢٥)؛ والمصادر السابقة.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ورقة (٥٩).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٢٥).

(٦) الروضة (٣/٣٣٩).

في القذف ألفاظ التعريض، وللعتق، والتدبير، وعقد الأمان، وولاية القضاء، ونحوذلك[1].

هذا وإن الشافعية صرحوا بأن دلالة الالتزام حجة وإن لم يكن من قسم المفاهيم بالإضافة إلى الاعتداد بالمفاهيم الموافقة، أو المخالفة، ورتبوا على هذه الأمور أحكاماً خاصة، قال الأسنوي: «دلالة الالتزام حجة وإن لم يكن من قسم المفاهيم، وذلك مثل أن تتوقف دلالة اللفظ على المعنى على شيء آخر، كقوله: اعتق عبدك عني، فإنه يستلزم سؤال تمليكه حتى إذا أعتقه تَبَيَّنَّا دخوله في ملكه، لأن العتق لا يكون إلا في مملوك، إذا علمت ذلك فمن فروع المسألة:

١ ـ ما إذا قالت المرأة: رضيت أن أتزوج، أو رضيت بفلان زوجاً وكان لها أولياء في درجة. فهل يصح الإذن ويجوز لكل واحد أن يزوج؟ على وجهين... أظهرهما: ـ كما قاله الرافعي ـ أنه يكفي، لأن الرضا بالتزويج محمول على الصحيح، وصحة ذلك هنا مستلزمة للإذن لكل واحد.

٢ ـ لو قالت: وكل من يزوجني، فله التوكيل، والمباشرة على الأصح، لأن إذنها بالتوكيل يستلزم المباشرة[2].

وبعد هذا العرض يمكننا تحديد ملامح الصريح والكنائي في الفقه الإسلامي وأحكام كل واحد منهما.

فالصريح هو ما دل على إنشاء العقد ـ المقصود ـ ولا يحتمل غيره كالصيغة الواردة في الشرع والعرف للدلالة على العقد مثل الطلاق، والبيع، والشراء، ونحوها[3]. وقد يثور التساؤل حول الألفاظ التي تشتهر في العرف للدلالة على إنشاء عقد معين بحيث لا تحتمل غيره مع أنها كانت في الأصل تحتمله وغيره هل تصبح صرائح؟

للجواب عن ذلك اختلف الفقهاء فأجاب بعضهم بنعم، وآخرون بلا. ومصدر الخلاف يعود إلى أن الصريح هل يثبت بالعرف أم لا بد معه من ورود الشرع به[4]. قال النووي: «إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة كحلال الله

---

(١) يراجع: الأشباه والنظائر للسيوي ص (٣٢٢ ـ ٣٣٣).

(٢) التمهيد ص (٢٤٢ ـ ٢٤٤)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٤٧٤ ـ ٤٧٦).

(٣) المصادر السابقة جميعها.

(٤) الروضة (٢٩/٨)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٢٨).

علي حرام، أو أنت علي حرام، أو الحلال، أو الحل علي حرام ففي التحاقه بالصريح أوجه، أصحها: نعم لحصول التفاهم، وغلبة الاستعمال، وبهذا قطع البغوي وعليه تنطبق فتاوى القفال، والقاضي حسين»(١)، وهكذا الأمر عند بقية المذاهب، ففي المذهب الحنفي نجد مثل هذا الخلاف في اعتبار «أنت علي حرام» أو نحوه هل هو صريح بواسطة العرف أم لا، قال ابن نجيم: «وسيأتي في آخر باب الإيلاء عن الفتاوى أنه لو قال لها: أنت علي حرام، والحرام عنده طلاق وقع وإن لم ينو وذكر الإمام ظهير الدين ـ في سبب ذلك ـ: ولا نقول: لا تشترط النية ـ أي في الكنايات ـ ولكن نجعله ناوياً عرفاً. . . وإن قال: لم أنو لم يصدق في موضع صار متعارفاً، كذا في البزازية»(٢). ويقول الإزميري: «إن منشأ الاستتار في الكناية ليس قصد المتكلم الاستتار، بل قلة الاستعمال، كما أن منشأ الظهور في الصريح كثرة الاستعمال. . .»(٣). ويقول ابن القيم: «وعلى هذه القاعدة ـ أي الاعتداد بالعرف والعادة ـ تخرج أيمان الطلاق، والعتاق، وصيغ الصرائح، والكنايات، فقد يصير الصريح كناية تفتقر إلى النية، وقد تصير الكناية صريحاً تستغني عن النية»(٤). فللعرف دور بارز في تعيين المراد، ولا سيما أن أحكام المعاملات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعرف في كثير من الأمور، وقال القرافي: «وإنما صارت ـ أي صيغة أنت طالق ـ تفيد الطلاق بسبب النقل العرفي عن الإخبار إلى الإنشاء وكذلك جميع هذه الصيغ»(٥).

وحكم الصريح أنه يدل على المقصود وإنشاء العقد دون الحاجة إلى النية أي نية الإيقاع في الطلاق مثلاً، أو نية نقل الملكية في البيع مثلاً وهكذا. فعلى ضوء هذا فضابط الصريح هو عدم حاجته إلى النية أو القرينة، فكل لفظ احتاج في الدلالة على إنشاء العقد إلى إحداهما فهو ليس بصريح(٦)، وهل يكتفي بمجرد صدور اللفظ لإنشاء العقد ما دام صريحاً دون الحاجة إلى القصد؟

هذا ما ثار حوله نقاش كبير وخلاف بين الحنفية، والجمهور، ولا سيما في العقود غير المالية، حيث اكتفى الحنفية باللفظ الصريح الوارد من الشخص في وقوع

---

(١) الروضة (٨/٢٥).

(٢) البحر الرائق (٣/٣٢٤).

(٣) حاشية الأزميري على مرآة الأصول (٢/٦٦ ـ ٦٧).

(٤) أعلام الموقعين (٣/٦٧).

(٥) الفروق للقرافي (١/٢٣).

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٩).

الطلاق، وصحة النكاح والظهار، والعتق ونحوها من العقود التي لا تحتمل الفسخ في نظرهم في حين ذهب الجمهور إلى اشتراط القصد في جميع التصرفات القولية ـ كما سبق ـ وثمرة الخلاف تظهر في عقود المكره، والمخطىء، ومن لا يفهم صيغة العقد، ومن سبق لسانه ونحو ذلك حيث تصح عند الحنفية باعتبار أن اللفظ الصريح محل القصد والاختيار، ولا تصح عند الجمهور، بل لا بد من قصد اللفظ والرضا والاختيار[1].

وأما الكناية فهي اللفظ الذي يحتمل معنيين أو أكثر، وضابطها أنها تحتاج إلى النية في الدلالة على إنشاء عقد معين[2] هذا عند الجمهور[3]، وأما المالكية فلم يشترطوا النية في الكناية الظاهرة، لكن اشترطوها في الكناية الخفية[4]، وكذا الأمر عند أحمد في ظاهر كلامه[5].

ثم إنه لا بد من مقارنة النية للفظ أما إذا ورد اللفظ قبل النية أو بعدها لم يؤثر قال النووي: الكناية لا تعمل بنفسها بل لا بد فيها من نية الطلاق، وتقترن النية باللفظ، فلو تقدمت ثم تلفظ بلا نية ـ أي غافلاً عن نيته السابقة ـ أو فرغ من اللفظ ثم نوى لم تطلق.

وهل يؤثر في الكناية لتعينها لإنشاء العقد غير النية؟ هذا ما ثار حوله الخلاف فذهب الحنفية[6] والحنابلة في رواية[7] إلى الاكتفاء بالقرينة ودلالة الحال، قال المرغيناني: «لا يقع بالكنايات الطلاق إلا بالنية، أو بدلالة الحال، لأنه غير موضوعة

---

(١) يراجع في تفصيل هذه المسألة ص (٤٥٩) من هذه المسألة.

(٢) المنثور في القواعد (٣/١٠١)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣١٩)؛ والمصادر السابقة لبقية المذاهب.

(٣) فتح القدير (٣/٨٧ ـ ٩١)؛ وبدائع الصنائع (٤/١٧٩٤)؛ والمنثور في القواعد (٣/١٠١)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣١٩)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٢٤ ـ ١٢٥)؛ والبحر الزخار (٥/١٥٥ ـ ١٥٧).

(٤) الشرح الكبير مع حاشي الدسوقي (٢/٣٧٩).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/١٣٠): «وذكر القاضي: أن ظاهر كلام أحمد والخرقي أن الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك لأنه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح، ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية».

(٦) فتح القدير (٣/٨٧).

(٧) المغني لابن قدامة (٧/١٢١ ـ ١٢٦).

للطلاق، بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين، أودلالته»[1]. لكن ذكر ابن الهمام أن العمدة في وقوع الطلاق بها هي النية، لكن دلالة الحال يعتمد عليها القاضي فقط فقال: «والحاصل أن النية باطنة، والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء وأما فيما بينه وبين الله فيحاسب على نيته، فقول المصنف ولا يقع بها الطلاق إلا بالنية، أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع وأما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقاً»[2].

وأما الحنابلة فقد ذكروا أن الكناية الظاهرة لا تحتاج إلى النية في ثلاث أحوال وهي: حالة خصومة، وحالة الغضب، وحالة جواب سؤالها حيث يقع الطلاق في هذه الأحوال ولو لم ينو للقرينة[3] قال ابن قدامة: هذا في رواية رجحها الخرقي وغيره. وفي رواية أخرى لا يقع بها إلا مع النية[4]. وكذ لك الأمر عندهم فيما إذا أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق، بل «إن المنصوص عن أحمد ههنا هو أنه لا يصدق في عدم النية»[5].

وذهب المالكية في الكناية الخفية[6]، والشافعية في جميع الكنايات إلى أن الكناية لا تؤثر إلا مع النية، وأنه يصدق قائلها في ذلك، وأن القرينة لا تؤثر فيها في هذا المجال لكن الشافعية استثنوا منها مسألة الوقف حيث تؤثر فيها القرائن قال النووي: «الكناية لا تعمل بنفسها، بل لا بد فيها من نية الطلاق... ولا تلتحق الكناية بالصريح بسؤال المرأة الطلاق ولا بقرينة الغضب واللجاج، ومتى تلفظ بكناية، وقال: نويت صدق بيمينه، فإن نكل حلفت، وحكم بوقوع الطلاق وربما اعتمدت قرائن يجوز الحلف عليها»[7]. أما الوقف فتؤثر فيها القرائن فلو قال: «تصدقت به» كان كناية، فلو ضم إليه: «لا يباع، ولا يوهب» كان صريحاً[8]. واستثنى الغزالي في الوسيط البيع

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٣/٨٧ - ٨٨).

(٢) فتح القدير (٣/٨٧).

(٣) زاد المستقنع مع حاشيته الروض المربع (٦/٥٠٧ - ٥٠٨)، ولم يشر إلى الخلاف فيه.

(٤) يراجع تفصيل ذلك في المغني لابن قدامة (٧/١٢٤ - ١٢٦)؛ وزاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٦/٥٠٨).

(٥) المغني لابن قدامة (٧/١٢٦ - ١٢٧).

(٦) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٨١).

(٧) الروضة (٨/٣٢)؛ ويراجع المنثور في القواعد (٣/١٠٢).

(٨) المنثور في القواعد للزركشي (٣/١٠٢)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١٩).

أيضاً حيث ذكر بأنه إذا انضمت القرائن حتى أفادت العلم صار صريحاً[1].

الخلاف في مدى الاعتداد بالكنايات مع الأدلة والترجيح

ويظهر مما استعرضناه أن الخلاف الرئيسي بين الفقهاء يدور حول موضوعين اثنين، أولهما الخلاف في مدى الاعتداد بالكنايات وصلاحيتها لإنشاء العقود بها. وثانيهما في مدى دلالة الكنايات في الطلاق على الثلاث أم على الواحدة؟

أما الموضوع الأول فالخلاف فيه دائر بين الجمهور من جانب وبين الظاهرية والإمامية من جانب، حيث ذهب الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] والزيدية[6] إلى أن الكنايات صالحة لإنشاء الطلاق ونحوه بها، بل العقود المالية بها أيضاً عند الشافعية[7]، في حين ذهب الظاهرية[8] والإمامية[9] إلى عدم صلاحيتها لإنشاء الطلاق وغيره.

استدل الجمهور على دعواهم بما يأتي:

أولاً: ما ورد بهذا الخصوص من أحاديث تدل على أن الرسول ﷺ قد اعتد بالكناية وأنه قد حكم على ضوء ما أفصح صاحبها به من نية الطلاق أو غيره منها ما رواه الشافعي، وأبو داود، والبيهقي وغيرهم بسندهم عن ركانة بن عبدالله: «أنه طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك. فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة. قال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة. فردها إليه رسول الله... وطلقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب...»[10].

(١) الوسيط، مخطوطة دار الكتب (٢١٢ فقه شافعي) ورقة (٥٥). ويراجع: المنثور في القواعد للزركشي (١٠٢/٣).

(٢) فتح القدير (٨٧/٣)؛ والبحر الرائق (٣٢١/٣).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣٧٨/٢)؛ وشرح الخرشي (٤٣/٣).

(٤) الروضة (٣٢/٨)؛ والمنثور في القواعد (١٠٢/٣).

(٥) المغني لابن قدامة (١٢٦/٧ - ١٢٧).

(٦) البحر الزخار (١٥٥/٤)؛ والروض النضير (٣٩١/٤).

(٧) فتح العزيز (١٠٢/٨).

(٨) المحلى (٤٩٣/١١).

(٩) المختصر النافع ص (٢٢١).

(١٠) الحديث رواه الشافعي في الأم (١٢٢/٥)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤٢/٧)؛ وأبو داود في=

والحديث وإن كان فيه مقال لكن كثرة رواياته قد تعضده ولهذا حكم عليه أبو داود بالصحة[1]. فالحديث صريح في أن لفظ البتة كناية يحتمل الواحدة والثلاث وإن تعين إحداهما يكون بالنية، ولهذا استفسر النبيُّ ﷺ عن نية قائله وحكم على ضوء نيته[2].

ومنها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما أن رسول الله ﷺ خير نساءه فاخترنه[3]. وجه الاستدلال أن التخيير ترديد بين شيئين فيكون كناية فإذا اختارت المرأة وحصلت النية على الطلاق فيكون طلاقاً[4].

ومنها ما رواه البخاري وغيره بسندهم عن عائشة قالت: إن ابنة الجون لما أُدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك. فقال لها: لقد عذت بعظيم، اُلْحقي بأهلك»[5]. وجه الاستدلال بهذا الحديث واضح حيث استعمل ﷺ لفظة: «اُلْحقي بأهلك» للدلالة على طلاقها منه فعلى هذا فهذه اللفظة كناية يمكن استعمالها في إيقاع الطلاق بنية، ويمكن استعمالها لغيره ويدل على الأخير ما رواه البخاري وغيره في حديث كعب بن مالك قال: وإذا رسولُ رسولِ الله ﷺ يأتيني فقال إن رسول الله ﷺ يأمرك أن تعتزل امرأتك. فقلت: أطلقها أم ماذا أفعل؟ قال: بل اعتزلها فلا تقربنها. قال: فقلت لامرأتي: «ألحقي بأهلك»[6]، فهذا دليل على أن كعباً استعمل هذه اللفظة في الاعتزال وليس في الطلاق، وهذا هو المراد بالكناية.

وبالإضافة إلى هذه الأحاديث فإن العقود ـ ولا سيما العقود المالية ـ مبنية على

= سننه وقال: وهذا أصح من حديث ابن جريح، كتاب الطلاق مع العون (٦/٢٩٢)؛ والدارقطني في سننه (٤/٣٣). والحديث فيه مقال فراجع تفصيل ذلك في عون المعبود (٦/٣٩١).

(١) انظر: سنن أبي داود مع العون (٦/٢٩٣)؛ ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار (٨/١٣).

(٢) قال الشوكاني: «والحديث يدل على أن من طلق بلفظ البتة وأراد واحدة كانت واحدة وإن أراد ثلاثاً كانت ثلاثاً».
انظر: نيل الأوطار (٨/١٢).

(٣) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٦٧)؛ ومسلم، كتاب الطلاق (٢/١١٠٣)؛ وسنن أبي داود مع العون، مع الفتح، كتاب الطلاق (٦/٢٨٧).

(٤) انظر: منتقى الأخبار لابن تيمية، باب الطلاق بالكنايات مع شرحه نيل الأوطار (٨/٣٤ ـ ٣٥).

(٥) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٥٦)؛ والسنن الكبرى (٧/٣٤٢)؛ وراجع تلخيص الحبير (٣/١٣١)؛ ونيل الأوطار (٨/٣٦).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب المغازي (٨/١١٥)؛ وسنن أبي داود مع العون، كتاب الطلاق (٦/٢٨٦).

الرضا، فإذا تحقق فقد تحقق المقصود، والكنايات إذا صاحبتها النية تدل على المراد وذلك لأنه إذا كان فيها احتمال وتردد فإن النية تعينه. ثم إن هذه الأمور يعود تقديرها إلى العرف واللغة وهما قاضيان باستعمال الكنايات في العقود، فقد كان لفظ: ألحقي بأهلك» شائعاً في إطلاق الكنايات على العقود[1]. قال ابن القيم: «قد ثبت في صحيح البخاري أن أبانا إسماعيل بن إبراهيم طلق امرأته لما قال إبراهيم: مريه فليغير عتبة بابه، فقال لها: أنت العتبة وقد أمرني أن أفارقك، ألحقي بأهلك»[2]، ولم يزل هذا اللفظ من الألفاظ التي يطلق بها في الجاهلية والإسلام، ولم يردَّ النبي ﷺ بل أقرهم عليه، وقد أوقع أصحاب رسول الله ﷺ الطلاق وهم القدوة بأنت حرام، وأمرك بيدك، واختاري، وما شابهها»[3].

وقد وردت آثار كثيرة عن كثير من الصحابة اعتدوا فيها بالألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره، فقد روى مالك والشافعي عنه، أنه بلغه أنه كتب إلى عمر من العراق: «أن رجلاً قال لامرأته: حبلك على غاربك، فكتب عمر إلى عامله: أن مره فليوافني في الموسم فذكره وفيه أنه استحلفه عند البيت. فقال: أردت الفراق فقال عمر: هو ما أردت»[4] ورواه البيهقي، وروى أيضاً أن الجواب كان قد تم على يدي علي رضي الله عنها[5] وهناك آثار أخرى عنهم بخصوص ألفاظ[6] أخرى وردت على ألسنة الناس واعتدوا بها مع النية.

واستدل الظاهرية ومن معهم في عدم صلاحية الكنايات لإنشاء الطلاق ونحوه بأنه لم يرد من الألفاظ السابقة للكنايات في الكتاب ولا في السنة، فعلى هذا لا يمكن أن تحرم امرأة ـ كانت تحل لزوجها بميثاق غليظ ـ عليه بلفظ غير وارد من الشرع قال ابن حزم: «وهذه ـ أي ما يسمى بالكنايات عند غيره ـ جاءت بها آثار مختلفة الفتيا عن نفر من الصحابة رضي الله عنهم ولم يأت فيها عن رسول الله ﷺ شيء أصلاً ولا حجة في كلام

---

(١) المصادر السابقة؛ والروض النضير (٤/٣٩٣).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الأنبياء (٦/٣٩٧).

(٣) زاد المعاد (٤/٨٠)؛ والروض النضير (٤/٣٩٣)؛ وراجع المحلى لابن حزم (١١/٢٧٠، ٤٩٤)، حيث أورد كثيراً من الآثار بهذا الخصوص لكنه لم يرتض بها.

(٤) انظر: الموطأ لمالك ص (٣٤١)؛ والأم للشافعي (٥/٤٢)؛ والأم (٥/٢)؛ وراجع: تلخيص الحبير (٣/٢١٤).

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (٧/٣٤٣).

(٦) المصدر السابق (٧/٣٤٢ ـ ٣٥٤).

غيره عليه الصلاة والسلام ولا سيما في أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من بعض»[1]. فقد نفى ورود مثل هذه الألفاظ السابقة من الكنايات على لسان النبي ﷺ لإيقاع الطلاق أو أولها، وحملها على غير الطلاق أو حكم عليها بالضعف[2]. ثم ناقش ابن حزم الأحاديث التي استدل بها الجمهور، حيث حكم على الحديث الأول الخاص بلفظ «البتة» بأنه ضعيف فقال: «ثم نظرنا في خبر ركانة فوجدناه من طريق عبدالله بن علي بن يزيد عن نافع عن عجير وكلاهما مجهول»[3].

وأما الحديث الثاني ـ بخصوص التخيير ـ فلم يتطرق إليه ابن حزم[4]، لكن يمكن أن يناقش بأنه ليس فيه دليل على أن التخيير كناية عن الطلاق وذلك لأن الحديث لا يدل على أكثر من أن النبي ﷺ قد أمره الله تعالى بأن يخير نساءه فخيرهن، ولا يعني الاكتفاء بهذا اللفظ فقط، بل الظاهر أن من اختارت نفسها كان النبي ﷺ يطلقها، لكنهن اخترن الله ورسوله.

وأما الحديث الثالث بخصوص «ألحقي بأهلك» فقد حمله ابن حزم على أنه كان قبل الزواج، حيث كان النبي ﷺ بصدد الخطبة لها فلما قالت: «أعوذ بالله منك» تركها الرسول ﷺ.

ويمكن أن نناقش ابن حزم في هذه الأجوبة، بأن حكمه على حديث ركانة بالضعف غير مسلم. قال ابن تيمية والحافظ ابن حجر: «وصححه أبو داود، وابن حبان، والحاكم...»[5].

وأما جوابه عن الحديث الثالث فهو تكلف بين لا يليق بمذهب أهل الظاهر. فقد أورد البخاري ـ في باب من طلق... ـ بسنده عن عائشة بلفظ: «إن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: لقد عذت بعظيم الحقي بأهلك»[6]، فهذا اللفظ صريح في أنه تزوجها ودخل عليها في ليلة زفافها، وإلا

---

(١) المحلى (١١/٤٩٥). وقد ذكر ابن حزم أكثرية ألفاظ الكنايات التي ذكرها الجمهور، ثم فندها حسب نظره، فراجع المحلى (١١/٣٧٠ ـ ٣٩٣، ٤٩٣ ـ ٥١٢).

(٢) يراجع المحلى (١١/٤٩٦).

(٣) المحلى (١١/٥٠٤).

(٤) لكنه تطرق إلى الآثار الواردة في التخيير، ودفعها بأن متعارضة فيسقط كلام اقائلين بإنشاء العقد بها بقول النافين لها. انظر المحلى (١١/٣٧٠).

(٥) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار (٨/١٣)؛ وتلخيص الحبير (٣/٢١٤). وراجع سنن أبي داود مع العون (٦/٢٩٢)؛ ونيل الأوطار (٨/١٤).

(٦) صحيح البخاري مع الفتح (٩/٣٥٦).

فكيف يدخل عليها رسول الله ﷺ وهو لم ينكحها بعد، ولذلك قال ابن عبد البر: «اجمعوا على أن النبي ﷺ تزوج الجونية»[1].

وأيضاً إن الآثار عن الصحابة بخصوص إيقاع الطلاق بالكنايات كثيرة حتى لم يستطع ابن حزم نفسه أن يحكم بنفيها أو ضعفها، وإنما حكم بأنها متعارضة بما روى عن بعض آخرين حكموا بعدم وقوع الطلاق بها، فقد ذكر ابن حزم نفسه بأنه «صح عن عمر بن الخطاب وابن مسعود فيمن جعل أمر امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثاً أو طلقته ثلاثاً أنها طلقة واحدة رجعية، وصح أيضاً عن زيد ابن ثابت وعن مجاهد، وعمر بن عبد العزيز»[2]، وقال: «وإن اختارت الفراق، أو نفسها فهي واحدة بائنة وإن ردته إلى زوجها فاختارته فهي طلقة رجعية، صح عن علي وزيد بن ثابت، ورجال من الصحابة، وعن الحسن البصري». ثم ذكر صحة الرواية بإيقاع الطلاق بلفظ التخيير عن ابن عمر، وعن القاسم بن محمد وغيرهما[3]، كما سبق أن ذكرنا أن البيهقي روى مثل ذلك عن عمر وعلي وغيرهما[4]. ثم إن رد ابن حزم هذه الآثار بحجة تعارضها مع بعض آثار أخرى لا يمكن أن يقبل وذلك لأنه يمكن أن نقول أن الآثار الأخرى هي المردودة بالآثار الكثيرة بهذا الخصوص، بالإضافة إلى أن الرجوع إلى الرد هو آخر المطاف، حيث إنه بالإمكان الجمع بينها، بأن يحمل ما روى منها في الدلالة على وقوع الطلاق بها على ما إذا نوى الطلاق، وما روى منها بأنه لا يقع الطلاق بها على عدم نية الطلاق ثم إنه لا يوجد نص إطلاقاً على تعيين اللفظ الخاص للدلالة على الطلاق ونحوه دون غيره، فالأمر في التصرفات القولية منوط بالدلالة على المقصود والرضا به، ولا شك أن الكنايات صالحة لذلك، كما أن اللغة العربية لا تنحصر على الصرائح، بل يكمن جمالها في كناياتها ومجازاتها، فإذا ما فهم المتعاقدان من التعبير بإنشاء العقد فقد تم العقد، ولا سيما أن الطلاق ونحوه لا يحتاج إلى رضا الطرف الآخر بل يتم برضا طرف واحد، فما المانع فيما لو قال: أنت بائنة، أو خلية، أو نحو ذلك وأراد بها الطلاق أن يحكم على ضوء لفظه ونيته بوقوع طلاقه، وقد قال ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[5].

ثم إن الجمهور ليسوا سواء في نظرهم إلى الاعتداد بالكنايات، فإذا كانوا قد اتفقوا

---

(١) فتح الباري (٩/٣٥٧).

(٢) المحلى لابن حزم (١١/٢٧٠).

(٣) المصدر السابق (١١/٢٧١ - ٣٩٣).

(٤) السنن الكبرى (٧/٣٤٢ - ٣٤٤).

(٥) الحديث صحيح متفق عليه سبق تخريجه.

على الاعتداد بها في الطلاق فإنهم لم يتفقوا في غيره، فالحنفية قد أجازوا انعقاد النكاح بالمجاز[١]، لكنهم لم يجيزوا البيع في الراجح لدى المتقدمين - بما يحتمل الحال والاستقبال[٢]. وأما الشافعية فهم على عكس ذلك حيث أجازوا انعقاد البيع بالكناية، ولم يجيزوا انعقاد النكاح بها[٣].

وأما الموضوع الثاني - وهو دلالة الكنايات على الطلاق الثلاث، أم على الواحدة سواء كانت رجعية، أم بائنة على ضوء التفصيل السابق للمذاهب، فهذا مثار الخلاف والنقاش أيضاً. فالذي قال إنها يقع بها الثلاث استدلوا ببعض الآثار منها ما رواه البيهقي بسنده عن عامر قال: «كان علي رضي الله عنه يجعل الخلية والبرية والبتة والحرام ثلاثاً»[٤]. ثم روى بسنده عن الشعبي عن علي رضي الله عنه قال: «الخلية والبرية والبتة والبائن والحرام إذا نوى بها فهو بمنزلة الثلاث»[٥]. وروى أيضاً بسنده عن زيد بن ثابت، وابن عمر أنهما قالا: في البرية والبتة يقع بهما ثلاث[٦]. واستدل القائلون بأن الكنايات لا يقع بها إلا طلقة رجعية بآثار كثيرة في هذا الباب[٧]، بل وبأحاديث تدل على هذا المنحى منها حديثا التخيير و «ألحقي بأهلك» اللذان ذكرناهما، قال ابن تيمية: «وقد تمسك به من يرى لفظة الخيار، وألحقي بأهلك واحدة لا ثلاثاً، لأن جمع الثلاث يكره، فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لا يفعله»[٨].

ومن هنا فالذي يرجحه الدليل هو أن الكنايات الدالة على الطلاق وغيره تقع بها طلقة واحدة رجعية، وذلك لأن اللفظ الصريح - إن لم يصاحبه لفظ الثلاث - فهو تقع به طلقة واحدة رجعية فكيف تكون الكناية أولى وأقوى، بل حتى لو صاحبه لفظ الثلاث

---

(١) قال المرغيناني في الهداية مع فتح القدير (٢/٣٤٧): «وينعقد - أي النكاح - بلفظ البيع، هو الصحيح لوجود طريق المجاز».

(٢) الهداية مع شرح العناية (٥/٧٥)؛ والبحر الرائق (٥/٢٨٦).

(٣) فتح العزيز (٨/١٠٢).

(٤) السنن الكبرى (٧/٣٤٤). ورواه مالك بلاغاً في الموطأ ص (٣٤١).

(٥) المصدر السابق وفيه: قال الشيخ - أي البيهقي - «فإنما جعلها ثلاثاً في هذه الرواية إذا نوى، والرواية الأولى أصح استناداً».

(٦) السنن الكبرى (٧/٣٤٤). ورواه مالك عن ابن عمر في الموطأ ص (٣٤١).

(٧) يراجع السنن الكبرى (٧/٣٤٢ - ٣٥٤)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٣٧٠ - ٣٩٢).

(٨) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار (٨/٣٦).

تقع به طلقة واحدة، كما هو مذهب بعض السلف وابن تيمية، وابن القيم[1] فالطلاق المشروع المعتد به هو مرتان ثم إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فالتفنن اللفظي المبالغ فيه بعيد عن روح الشريعة القاضية بالاعتداد بالمقاصد في حدود ما رسمه الشارع، كما أن المقاصد والنوايا إن لم تكن في ذلك الإطار الشرعي فهي مرفوضة، فالطلاق نظام خاص رائع في الإسلام بين القرآن الكريم أنه لا بد أن يتم على ثلاث مراحل فكل مخالفة بهذا الصدد مردودة على صاحبها، ثم ترك له المجال في التعبير عن أي واحدة من هذه المراحل بأي صيغة تدل عليها سواء كانت صريحة، أم كناية[2].

الغصن الثالث
مدى دلالة الخبر والإنشاء على الرضا

يقسم اللغويون الجملة إلى الخبر والإنشاء، ويقصدون بالخبر ما هو يحتمل الصدق والكذب لذاته[3]، وبالإنشاء ما لا يحتملهما، ثم إن الإنشاء له أقسام كثيرة، وهي الطلب سواء كان طلب الفعل كالأوامر، أو طلب الكف كالنواهي، والقسم من حيث هو، ولذلك قال بعض النحاة: القسم جملة إنشائية يؤكد بها جملة خبرية، فمثلاً: أقسم بالله هذه جملة إنشائية، وما يقع بعدها جملة خبرية. والترجي بلعل، والتمني بليت، والتحضيض بهلا، أو ألا، ولوما، ولولا، والنداء فكل هذه الأقسام لا تقبل الصدق والكذب[4]، وقد بين بعض الأصوليين بيان الفرق بينهما فقال: «الإنشاء كلام نفسي عبر عنه لا باعتبار تعلق العلم والحسبان، والإخبار كلام نفسي عبر عنه باعتبار تعلقهما، وبيان ذلك أنه إذا قام بالنفس شيء، وأراد التعبير عنه باعتبار تعلق العلم والحسبان أخبر عنه فيقول: قام زيد، وما قام زيد. وإذا قام بالنفس طلب وقصد المتكلم التعبير عنه لا باعتبار العلم والحسبان قال: افعل، أو لا تفعل، وكذلك إذا قام بالنفس تعجب مثلاً وقصد التعبير عنه، قال ما أحسنه، وغير ذلك...»[5].

(١) أعلام الموقعين لابن قيم (٤٨/٣). ويراجع حديث صحيح بهذا الخصوص في صحيح مسلم، كتاب الطلاق (١٠٩٩/٢)؛ ونيل الأوطار (١٨/٨).

(٢) ويراجع تفصيل ذلك في: أعلام الموقعين (٦٤/٣)؛ ونيل الأوطار (١٨/٨ ...)؛ والمصادر السابقة.

(٣) قولهم: «لذاته» لإدخال الأخبار التي لا تحتمل الكذب قطعاً بالنسبة للمخبر كخبر الله وخبر رسوله، والأخبار التي لا تحتمل الصدق مثل: الواحد ليس نصف الاثنين، والضدان يجتمعان فهذه الأخبار من حيث هي أخبار تحتمل الصدق والكذب. انظر: الفروق للقرافي (١٩/١).

(٤) تلخيص المفتاح، ضمن مجموع المتون ص(٦١٩)؛ والفروق للقرافي (١٨/١ - ٢٧)؛ والتلويح على التوضيح (٢٨٧/١).

(٥) مختصر قواعد العلائي ص (٥٩٥).

وليس التطرق إلى هذه الأمور مناط بحثنا إلا بالقدر الذي يتعلق بمدى دلالتها على الرضا في العقود، فمن هذه الزاوية فقط نتطرق إليها فعلى هذا فالخبر في عرف اللغويين يشمل كل الجمل الاسمية التي لم تكن قد دخل عليها أدوات الاستفهام أو الترجي أو نحوهما فهي صالحة لإنشاء العقود على ضوء التفصيل الذي ذكرناه عند الكلام عن مدى صلاحية الاسم للتعبير عن الرضا، وأما الفعل فهو إما أن يكون ماضياً، أو مضارعاً، أو أمراً، فالأولان يعتبران من الخبر إن لم تدخل عليهما أدوات الاستفهام ونحوه، وأما الأمر فهو دائماً إنشاء، وقد سبق الأحكام المعلقة بهذه الأنواع الثلاثة، فلم يبق أن نذكر في هذا الغصن إلا أحكام الجمل الاستفهامية سواء كانت اسمية أو فعلية، ونحوها من الترجي، والدعاء والنداء والتمني، فالدعاء مثل أن يقول: بارك الله في بيعي لك كذا، أو باعك الله أو نحو ذلك، فقد ذكر النووي ـ بخصوص الدعاء ـ أن الغزالي قال في الفتاوى: «لو قال أحد المتبايعين: بعني. فقال: قد باعك الله أو بارك الله فيه، أو قال في النكاح: زوجك الله ابنتي، أو قال في الإقالة: قد أقالك الله، أو قد رده الله عليك، فهذا كله كناية، فلا يصح النكاح بكل حال، وأما البيع والإقالة فإن نواهما صحا، وإلا فلا، وإذا نواهما كان التقدير: قد أقالك الله، لأني أقلتك»[1]. فعلى هذا فصيغة الدعاء صالحة لإنشاء العقود المالية وللطلاق ونحوه[2]، لكنها غير صالحة لإنشاء النكاح ونحوه[3]، كما اتفق الفقهاء على أن من نادى زوجته: يا طالق فقد وقع طلاقه إلا إذا كان اسم زوجته: طالق، ولم يرد الطلاق[4]. وهنا نحن نذكر بشيء من التفصيل مدى صلاحية الجملة الاستفهامية لإنشاء العقود، ونظراً لاختلاف المذاهب الفقهية فيها، بل اختلاف المذهب الواحد فيها نذكر رأي كل مذهب بوحده، ثم نتبعه بالخلاصة والترجيح.

فقد اختلفت الآراء داخل المذهب الحنفي فصرح الكاساني (ت ٥٨٧هـ) بأنه: «لا ينعقد ـ أي البيع ـ بصيغة الاستفهام بالاتفاق ـ أي اتفاق أئمة الحنفية ـ بأن يقول المشتري للبائع: أتبيع مني هذا الشيء بكذا؟.. فقال البائع: بعت لا ينعقد ما لم يقل المشتري: اشتريت...، لكون الاستفهام سؤال

---

(١) المجموع (٩/١٦٧)؛ والروضة (٣/٣٣٩).

(٢) قال النووي في الروضة (٨/٣٣): «لو قال: طلقك الله، أو قال لأمته: أعتقك الله طلقت، وعتقت، وهذا يشعر بأنها صريحان، ورأى البوشنجي: أنهما كنايتان، لاحتماله الإنشاء والدعاء. وقول مستحق الدين للغريم: أبرأك الله، كقول الزوج طلقك الله».

(٣) وهكذا الأمر عند الحنابلة. يراجع: كشاف القناع (٣/١٤٧).

(٤) فتح القدير (٣/٤٧)؛ والروضة (٨/٢٣)؛ والمنهاج مع شرحه للمحلي (٣/٣٢٤)؛ والمغني لابن قدامة (٦/١٢١)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٤٩٩).

الإيجاب والقبول، لا إيجاباً وقبولاً»[1]. وذكر أيضاً عدم انعقاد النكاح به[2] وبمثل هذا صرح صاحب الفتاوى الهندية[3]، غير أن ابن الهمام قد نقل عن شرح الطحاوي: «أنه لو قال: هل أعطيتنيها؟ فقال: أعطيت إن كان المجلس للوعد فوعد، وإن كان للعقد فنكاح»[4]، مما يدل على أن النكاح ينعقد بالجملة الاستفهامية أو بعبارة أخرى يتم الإيجاب بها إذا دلت القرينة على أن المراد إنشاء العقد، لا الوعد. وأما عدم صلاحية الاستفهام كإيجاب في البيع، ونحوه فيبدو أنه محل الوفاق بين الحنفية، كما ادعى ذلك الكاساني وذلك لأن ابن الهمام الذي رجح ما في شرح الطحاوي من صلاحية الإستفهام للإيجاب في النكاح عاد في كتاب البيوع وصرح بأن الاستفهام لا يصلح لذلك في البيوع[5]. أما لو قالت المرأة لزوجها: أأنا طالق؟ فقال: نعم. أنت طالق فقد وقع طلاقه بالإتفاق، لأن الطلاق يقع إنشاؤه بيد الرجل فقط، فلا عبرة بالاستفهام، وكذلك لو أجاب بقوله: «نعم» لأن السؤال معاد في الجواب[6].

وأما المالكية فقد أجازوا انعقاد العقود بالاستفهام إذا دلت قرينة الحال على أنه لإنشاء العقد وليس للاختبار. جاء في شرح الحطاب: «وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف، أو عادة، أو ما يدل على البيع، مثل أن يقول المبتاع بكم؟ فيقول البائع: بدينار، فيقول: قبلت فيقول البائع: لا أبيعك. فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب أنه يلزمه البيع، وروى ابن القاسم يحلف: ما ساومه

---

(١) بدائع الصنائع (٢٩٨٣/٦ - ٢٩٨٤).

(٢) بدائع الصنائع (٢٩٨٤/٦).

(٣) الفتاوى الهندية (٤/٣).

(٤) فتح القدير (٣٤٥/٢).

(٥) حيث قال في فتح القدير (٧٦/٥): «ومن الصور لفظة «نعم» تقع جواباً في قول المستفهم: أتبيعني عبدك بألف؟ فقال: نعم. فقال: أخذته، فهو بيع لازم» فالعبارة صريحة في أن الاستفهام لم يعتد به، ولذلك كان جواب الشخص الآخر بنعم هو الإيجاب، ثم قول المستفهم مرة أخرى: «أخذته» قبول. وراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥١٢/٤).

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥٣). وراجع مختصر قواعد العلائي فتجد فيه تفصيلاً وتفريعات كثيرة ص (٥٩٠ - ٥٩٣). وهذه المسألة نابعة من القاعدة الفقهية القاضية بأن الخطاب الوارد جواباً عن سؤال سائل معاد فيه إن لم يستقل. مثل أن يقول: «نعم»، أو «لا» مثلاً.

ويراجع نهاية السول مع شرح البدخشي على المنهاج للبيضاوي (١٣١/٢)؛ وتيسير التحرير (٢٦٣/١)؛ وروضة الطالبين (١٨٠/٨)؛ والمغني لابن قدامة (٥٣٢/٦).

على البيع، ولا يلزمه»[1]. فعلى هذا لا خلاف داخل المذهب المالكي في انعقاد العقد بصيغة الاستفهام ما دامت هناك قرينة على البيع كأن كان يكون في سوق تلك السلعة، وإنما الخلاف في لزومه بها فذهب أشهب إلى أنه يلزمه بها، ولا يصدق في عدم إرادته البيع، فحينئذ تكون صيغة الاستفهام مثل صيغة الماضي في حين ذهب ابن القاسم إلى أنه يصدق إذا قال: لم أرد البيع لكنه يحلف عليه، فإذا حلف بأنه لم يرد البيع لم يلزمه البيع وإلا لزمه. لكن إذا لم تكن هناك قرينة فالقول للبائع بيمينه، قال العلامة الدردير: «فحكم ما تسوق وما لم يتسوق سواء، وهو إن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول للبائع بلا يمين، أو على إرادته فيلزمه البيع كما إذا حصل تعاكس، وتردد بينهما، أو سكت مدة، ثم قال: لا أرضى فلا يلتفت لقوله وإن لم تقم قرينة لواحد منهما فالقول للبائع بيمينه»[2].

وأما الشافعية فقد صرحوا بعدم انعقاد العقود بيعاً كان أو نكاحاً بالاستفهام. أي عدم صلاحية الجملة الاستفهامية لأن تكون إيجاباً ـ قال النووي: «إذا قال المشتري: أتبيعني عبدك بكذا... فقال: بعت لا ينعقد العقد بلا خلاف ـ أي داخل المذهب الشافعي ـ إلا أن يقول بعده اشتريت وكذا لو قال البائع: أتشتري داري... فقال: اشتريت لا ينعقد بلا خلاف حتى يقول بعده: بعت»[3]، وقال بخصوص النكاح: «ولو قال: أتزوجني ابنتك؟ فقال الولي: زوجتك لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده: تزوجت»[4].

وأما الحنابلة فلم يجيزوا انعقاد العقود بيعاً كان أو نكاحاً أو غيرهما بالاستفهام[5]، وكذلك الأمر لدى الظاهرية[6] والإمامية[7] والزيدية[8]، فعلى ضوء هذا لم يجوز انعقاد العقد بالجملة الاستفهامية إلا المالكية، ورأي داخل المذهب الحنفي بالنسبة للنكاح إذا وجدت قرينة، وأما الجمهور فمنعوا صلاحيتها لإنشاء العقود بناءً على أنها لا تدل على

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٠).

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٥).

(٣) المجموع (٩/ ١٦٩)؛ وفتح العزيز (٨/ ١٠٢).

(٤) الروضة (٨/ ٣٩).

(٥) المغني لابن قدامة (٣/ ٥٦١، ٦/ ٥٣٤)؛ والإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٢).

(٦) المحلى لابن حزم (١١/ ٤٥، ٤٩٣).

(٧) تذكرة الفقهاء للحلي (٧/ ٥).

(٨) البحر الزخار (٤/ ١٩، ٢٩٧).

إثبات شيء وإنما هي استفهام أو هي حد تعبير الكاساني: «الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول، لا إيجاب وقبول»[1] ولا يخفي الفرق بينهما. لكن هذا الكلام يمكن أن يرد بأنه إذا دلت القرائن ـ سواء كانت حالية أو غيرها ـ على تعيين الجملة الاستفهامية للإيجاب فلا بد أن تقبل، وهذا هو الراجح، إذ ليس هناك دليل على تعيين لفظ خاص، بل الأساس هو الرضا، فكل ما دل عليه في العرف، أو فهم منه المقصود بواسطة القرائن فهو كاف في انعقاد العقد، كما أنه لا يخفى أن الاستفهام إذا كان يستعمل في طلب الفهم والسؤال، لكنه يستعمل كثيراً في اللغة العربية للتقرير والإثبات، والقرينة هي التي تعينه لهذا أو ذاك، فإذا قال الرجل لآخر قد عرض سلعته للبيع ـ بعد المساومة أو نحو ذلك ـ أتبيعها لي بدينار؟ فقال الآخر: نعم. فقد تم العقد ولا حاجة لأن يقول المشتري لفظاً آخر مثل: أخذته أو اشتريته. وأكثر من ذلك فإن البيع بصيغة الاستفهام كان شائعاً في عصر الرسول ﷺ فأقره، ويدل على هذا ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن جابر بن عبدالله قال: «كنت مع النبي ﷺ في غزاة فأبطأ بي جملي وأعيا. . . فقال: أتبيع جملك قلت: نعم. فاشتراه مني بأوقية. . .»[2] وفي لفظ لمسلم: «أفتبيعنيه؟ فقلت: نعم، فبعته إياه. . .»[3]، فهذه الروايات الصحيحة تشير إلى أن صيغة الاستفهام تستعمل في انعقاد البيع إذا كانت بصدد انعقاد البيع، أو بعبارة أخرى إذا كانت في ظروف وملابسات تجعلها دالة على إنشاء العقد والرضا به.

هل صيغ العقود إنشاءات أم أخبار

وهنا لا بد من أن نثير قضية الفرق بين الإنشاء في عرف الفقهاء، وبين الإنشاء في عرف اللغويين، فالإنشاء في عرف اللغويين هو ما ذكرناه بأنواعه السابقة، في حين أن الفقهاء يطلقون كثيراً على صيغ العقود أنها إنشاءات سواء كانت ماضياً، أو مضارعاً أو جملة اسمية أو نحوها مما تنعقد بها العقود، وهم يقصدون بالإنشاء الصيغة الدالة على إنشاء العقد، قال الزركشي: «الإنشاء إيقاع لفظ لمعنى يقاربه في الوجود كإيقاع البيع ببعت، والنكاح بتزوجت والطلاق بطلقت»[4]. وعرفه ابن الهمام بأنه «إثبات تصرف

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٤).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٢٠). وراجع: سنن ابن ماجه، كتاب التجارات (٢/٧٤٣).

(٣) صحيح مسلم، كتاب المساقاة (٣/١٢٢٢).

(٤) المنثور في القواعد (١/٢٠٥).

يفيد حكماً يثبت جبراً»[1]. وقد سبق أن إنشاء العقد يكون بالفعل الماضي، والمضارع - على خلاف فيه - والجملة الاسمية ونحوها فهل هذه الصيغ تعتبر عند استعمالها أخباراً أم إنشاءات؟ هذا ما ثار حوله خلاف بين الأصوليين[2] فذهب جمهورهم إلى أنها إنشاءات، لأنها لا تحتمل الصدق والكذب فمن قال: بعت أو تزوجت فقد أراد به إحداث البيع، أو الزواج لا الخبر عنه وإلا فيكون كذباً، لأن الصيغة ماضية وهي تدل بمفهومها اللغوي على أن ذلك قد حدث فيما قبل، مع أنه لم يحدث بيع ولا زواج فيكون كذباً فحينئذ لا يتحقق به العقد، وكذا الأمر لو كانت الصيغة مضارعاً فيكون دالاً على أنه ذلك سيقع فيكون وعداً لا عقداً، في حين ذهب بعضهم[3] إلى أن صيغ العقود أخبار لكنها تحمل على الحال، لا على الماضي، أو المستقبل بقرينة التخاطب أو العرف، أو الظروف الملابسة لإنشاء العقد، ورد هذا التوجيه بأن يؤدي إلى أن تكون الصيغ غير الدالة على الحال مجازات في إنشاء العقود، وتكون الصيغة الدالة على الحال هي الوحيدة في كونها حقيقة، مع أن الخلاف بين الفقهاء جار في صلاحيتها لإنشاء العقد أيضاً. بل إنه لا خلاف بينهم في صلاحية الماضي لإنشاء العقود، فظهر أن الراجح هو أن صيغ العقود إنشاءات، لا يقصد بها الإخبار مطلقاً وإنما يقصد بها إيقاع العقد وإثباته، فهي - كما قال الأسنوي - يترتب معناها على وجود لفظها[4]، أو بعبارة أخرى هي أسباب ظاهرة لترتب أحكام العقود عليها، فالعرف قد استقر على أنها إنشاءات، وأنها لا تحتمل الصدق والكذب قال القرافي: «إن الإنشاء هو المبتدر في العرف إلى الفهم، فوجب أن يكون منقولاً إليه كسائر المنقولات» ثم قال: «هذا الوجه لا يتأتى الجواب عنه إلا بالمكابرة فإن المبادرة للإنشاء والعدول عن الخبر مدرك لنا بالعقول ضرورة»[5].

---

(١) فتح القدير (٥/ ٧٤).

(٢) يراجع تفصيل هذه المسألة في: المحصول (١/ ٢٣٤)؛ والحاصل (١/ ١٤٨)؛ والفروق للقرافي (١/ ٢٧ - ٦١)؛ والمنثور في القواعد (١/ ٢٠٥)؛ والتمهيد للأسنوي ص (١٤٣)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٥٩٥).

(٣) أسند هذا القول إلى أبي حنيفة، أو الحنفية. انظر الفروق للقرافي (١/ ٢٨)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٥٩٥). لكن الذي في الهداية وفتح القدير هو أنهما ذكرا بخصوص بعض العقود أنها إنشاءات. قال المرغيناني في الهداية (٥/ ٧٤): «لأن البيع إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع، والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به». قال ابن الهمام في الفتح (٥/ ٧٤ - ٧٥): «فإن - بعت وأنت طالق - علة تثبت به شرعاً معان لا قدرة للمتكلم على إثباتها...».

(٤) التمهيد ص (١٤٣).

(٥) الفروق (١/ ٢٨، ٣١).

فعلى هذا فكل صيغة إذا احتملت الصدق والكذب تخرج عن كونها صيغ العقود، ومن هنا لم يعدوا الظهار[1] والإقرار من الإنشاءات لأنهما يحتملان الصدق والكذب، قال القرافي: «مما يتوهم أنه إنشاء وليس كذلك وهو الظهار في قول القائل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي... وليس كذلك وبيانه من وجوه: أحدها أنه قد تقدم أن من خصائص الإنشاء عدم قبوله للتصديق، والتكذيب والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ الذينَ يُظَاهِرُونَ مِنكم مِن نِسَائِهِم ما هُنَّ أُمَّهاتِهِم إن أمَّهاتُهم إلا اللائي وَلَدْنَهم، وإنَّهم لَيقولون مُنكراً من القولِ وزُوراً ﴾[2]، فكذبهم الله في ثلاثة مواطن...، وثانيها: أنا أجمعنا على أن الظهار محرم وليس للتحريم مدرك إلا أنه كذب، والكذب لا يكون إلا في الخبر فيكون خبراً»[3].

وأما الإقرار فهو خبر محض يدخله الصدق والكذب، وإن كان يؤخذ به ظاهراً بما أقر به، ولا يقبل منه دعوى الكذب ولا سيما في الحقوق[4].

الفرع الثاني

مدى اشتراط كون اللفظ الدال على العقد وارداً في الشرع

لقد ثار خلاف بين الفقهاء في أنَّه هل يشترط في اللفظ الدال على عقد ما أن يكون وارداً في الشرع، ومن ثمَّة الوقوف عنده دون النظر إلى قياس غيره عليه، أم أنَّ العبرة بمدى دلالته على إنشائه دون النظر في وروده في الشرع، أو التفصيل بين العقود وذلك باشتراط صيغ خاصة في بعضها الذي يتسم بالخطورة، دون الاشتراط في بعضها الآخر، فعلى ضوء هذا فالاتجاهات داخل الفقه الإسلامي ثلاثة: اتجاه التضييق، واتجاه التوسيع، واتجاه الوسط فذهب إلى الاتجاه الأول الظاهرية حيث حصروا صيغ العقود والتصرفات القولية فيما ورد في الشرع دون الزيادة عليه فقد قال ابن حزم بخصوص عقد النكاح: «ولا يجوز النكاح إلَّا باسم الزواج أو الإنكاح، أو التمليك، أو الإمكان»[5]، ثمَّ ذكر الآيات والأحاديث الواردة بخصوص كل لفظ منها، وقال في

---

(١) قال الزركشي في المنثور في القواعد (١/٢٠٥): «وأما الظهار فذكر الغزالي في الوجيز في بابه أنه خبر، وخالفه الرافعي...، والتحقيق أنه خبر من وجه، وإنشاء من وجه».

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٣) الفروق (١/٣١ - ٣٢).

(٤) مختصر قواعد العلائي ص (٥٩٧).

(٥) المحلى لابن حزم (١١/٤٥).

الطلاق: «لا يقع طلاق إلاَّ بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق، وإما السراح، وإما الفراق وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة ـ نوى بها طلاقاً، أو لم ينو ـ لا في فتيا، ولا في قضاء..»[1]، وقال بالنسبة للبيع: «ولا يجوز البيع إلاَّ بلفظ البيع، أو بلفظ الشراء، أو بلفظ التجارة»[2]. كما أجازه بالترجمة للفظ البيع في أي لغة كانت. وهكذا نراه في جميع العقود يذكر الألفاظ الواردة فيها من الشرع دون إجازة لفظ آخر وإن كان يدل عليها.

والخلاصة أنَّ نظرة الظاهرية نابعة من أصول مذهبهم في عدم جواز القياس والوقوف عند ظاهر النص، واعتبار أنَّ الأسماء كلها توقيفية، قال ابن حزم: «فصح أنَّ الأسماء كلها توقيف من الله تعالى، لا سيما أسماء أحكام الشريعة التي لا يجوز فيها الإحداث، ولا تعلم إلاَّ بالنصوص»[3].

وذهب إلى الاتجاه الموسع الحنفية، والمالكية، وابن تيمية، ومن تبعه من متأخري الحنابلة فهؤلاء لم يقيدوا أي عقد بأية صيغة خاصة، فكل ما دلَّ على العقد المخصوص فهو معتد به، فكل ما دلَّ على نقل الملكية فهو بيع، وكل ما دلَّ على الزواج سواء كان بلفظ النكاح أو التمليك، أو البيع فهو معتد به في النكاح، فالحنفية اعتدوا بكل لفظ دال على إنشاء البيع سواء كان بلفظ البيع أو الشراء أو غيرهما[4]. قال المرغيناني: «مثل أن يقول أحدهما: بعت، والآخر اشتريت وقوله: رضيت بكذا، أو أعطيتك بكذا، أو خذه بكذا في معنى قوله: بعت واشتريت، لأنَّه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود»[5]. وعلَّق عليه ابن الهمام بقوله: «ألا يُرى إلى ما قالوا: لو قال: وهبتك، أو وهبت لك هذه الدار، أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع... وكذا لو قال: هذا عليك بألف، فقال: فعلت، ولو قال: هو لك بألف إن وافقك، أو إن أعجبك، أو إن أردت فقال: وافقني، أو أعجبني، أو أردت انعقد...»[6]. وجاء في الفتاوى الهندية: «ولو قال: أقلتك هذا العبد بألف درهم،

(١) المحلى (١١/٢٩٣ ـ ٢٩٤).
(٢) المحلى (٩/٢٩٤).
(٣) المحلى (٩/٢٩٤ ـ ٢٩٥).
(٤) الهداية مع فتح القدير (٥/٧٤ ـ ٧٥)؛ وبدائع الصنائع (٦/٢٩٨٣)؛ ومجمع الأنهر (٢/٥)؛ والفتاوى الهندية (٣/٤)؛ ورمز الحقائق شرح كنز الوقائع (٣/٣)؛ والبحر الرائق (٥/٢٨٦).
(٥) الهداية مع شرحه فتح القدير (٥/٧٤ ـ ٧٦).
(٦) فتح القدير (٥/٧٦).

وقال الآخر: قبلت اختلفوا فيه، قال أبو بكر الإسكافي: ينعقد البيع فيهما بلفظة الإقالة، وقال الفقيه أبو جعفر: لا ينعقد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهذا قول أبي حنيفة رحمهم الله كذا في فتاوى قاضيخان، وينعقد البيع بلفظ السلم باتفاق الروايات كذا في المحيط.. ويصح الإيجاب بلفظ الجعل كقوله: جعلت لك هذا بكذا،... وبلفظ: أجزت بعد قوله: بعت، وبلفظ: أمضيت»[١] ونحو ذلك وهكذا الأمر في بقية العقود المالية[٢].

وقالوا أيضاً بالنسبة للنكاح: إنَّه ينعقد بلفظ النكاح، والتزويج، والهبة، والتمليك، والصدقة، والجعل بلا خلاف في داخل المذهب الحنفي، وينعقد في الراجح لديهم بلفظ: بعت نفسي منك بكذا، أو ابنتي، أو اشتريتك بكذا فقالت: نعم انعقد على الصحيح لوجود طريق المجاز[٣]. قال ابن الهمام: «واختلف في الانعقاد بلفظ السلم، فقيل: لا، لأنَّ السلم في الحيوان لا يصح، وقيل: ينعقد، لأنَّه ثبت به ملك الرقبة، وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان: وفي البدائع: قيل: لا ينعقد، لأنَّه وضع لإثبات ملك الدراهم، والدنانير التي لا تتعين، والمعقود عليه هنا يتعين، وقيل: ينعقد، لأنَّه يثبت به ملك العين في الجملة... وأمَّا القرض فقيل: ينعقد به، لثبوت ملك العين به، وقيل: لا، لأنَّه في معنى الإعارة،... وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس، أنَّه لا ينعقد به، وذكر شمس الأئمة السرخسي أنَّ ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز»[٤]. ففي هذه الألفاظ الراجح انعقاد النكاح بها عند ابن الهمام وغيره[٥]. وهناك قسم آخر من الألفاظ اختلفوا في انعقاد النكاح بها لكن الراجح هو عدم الانعقاد بها، وهي لفظ الإجارة، وعن الكرخي انعقاده به. قال ابن الهمام: «وجه الصحيح على ما ذكروا أنها لا تنعقد إلَّا مؤقتة والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادا فلا يستعار أحدهما للآخر»[٦]. وكذلك الأمر بالنسبة للوصية حيث إنَّ الراجح عدم انعقاد النكاح بها[٧].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/٤ ـ ٥).

(٢) المصادر السابقة بخصوص كتاب الإجارة، والسلم، والحوالة، والكفالة والرهن وغيرها من العقود.

(٣) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٢/٣٤٦ ـ ٣٥١)؛ وبدائع الصنائع (٦/٢٩٨٣).

(٤) فتح القدير (٢/٣٤٨ ـ ٣٤٩).

(٥) فتح القدير (٢/٣٤٨).

(٦) فتح القدير (٢/٣٤٩).

(٧) فتح القدير (٢/٣٤٩).

والخلاصة أنَّ كل لفظ يدل على تملك الرقاب به ينعقد به النكاح، أو بعبارة أخرى أنَّه يصح بما هو حقيقة فيه، أو له طريق المجاز إليه[1].

وأمَّا الطلاق فقد سبق أن ذكرنا أنَّه يصح عندهم بكل ما يدل على رفع قيد النكاح سواء كان صريحاً أو كناية[2].

والمالكية في هذا الأمر أوسع مدركاً وأفقاً فبالنسبة للبيع اعتدوا بكل ما عدَّه الناس بيعاً[3]، وقال سيدي خليل: «وينعقد البيع بما يدل على الرضا»[4]. وذكر الدسوقي في توضيحه: أي بكل ما يدل على الرضا عرفاً سواء دلَّ عليه لغة أيضاً، أو لا[5]، وقال الحطاب: «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ، أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود...»[6]. وأما بالنسبة للنكاح فقد قالوا بانعقاده بكل ما يدل عليه سواء كان بلفظ النكاح أو غيره مما يدل عليه[7]، قال خليل: «وصيغة بأنكحت، ، وزوجت ـ أي وإن لم يسم صداقاً ـ، وبصداق وهبت ـ بأن يقول: وهبت لك ابنتي بصداق كذا فإن لم يسم صداقاً لم ينعقد ـ»[8]، بل ذهب الرأي الغالب داخل المذهب المالكي إلى أنَّه ينعقد بكل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، كبعت لك ابنتي بصداق كذا، أو ملكتك إياها، أو أحللت، أو وهبت، أو أعطيت، أو منحتك إياها بكذا[9].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٢/٣٤٨).

(٢) وراجع: فتح القدير (٣/٤٤ ـ ٦١).

(٣) قال مالك رحمه الله: «ما عده الناس بيعاً فهو بيع». انظر: الفروق للقرافي (١/٥٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣)؛ وشرح الخرشي (٥/٥)؛ والقوانين الفقهية ص (٢١١)؛ وبلغة السالك إلى فقه مالك (٢/٣٤٣)؛ وبداية المجتهد (٢/١٧٠).

(٤) مختصر سيدي خليل مع شرحه الكبير (٣/٢ ـ ٣).

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣).

(٦) مواهب الجليل (٤/٢٣٠).

(٧) القوانين الفقهية ص (١٦٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٢٢٠).

(٨) مختصر سيدي خليل مع شرحه الكبير (٢/٢٢١)؛ والخرشي (٣/١٧٣) وبلغة السالك على الشرح الصغير (٢/١٧).

(٩) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٢٢١)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٣/١٧٣) وراجع في نحو هذا الحكم لدى الزيدية: البحر الزخار (٤/١٨).

وأما الطلاق ونحوه فقد سبق أنَّه يقع بالصريح والكناية، حتى باللفظ الذي لا يحتمله إذا نوى به الطلاق[1].

وأما ابن تيمية فقد قال ـ بخصوص العقود كلها من بيع ونكاح ونحوهما ـ بعد أن ناقش القائلين باشتراط ألفاظ مخصوصة: «فأما التزام لفظ مخصوص فليس فيه أثر ولا نظر»[2]، فعلى هذا رجح انعقاد العقود جميعها بكل ما دلَّ على مقصودها من قول، أو فعل، وبكل ما عدَّه الناس بيعاً، أو إجارة... ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات[3].

وذهب إلى الاتجاه الثالث الشافعية، والحنابلة المتقدمون، والإمامية، حيث أجازوا انعقاد البيع ونحوه من العقود المالية بكل لفظ يدل على المقصود دلالة واضحة ـ على خلاف فيما بينهم في بعض الجزئيات ـ[4]، لكنهم قيدوا النكاح بالألفاظ التي وردت في الشرع، وهي لفظا النكاح، والتزويج أو ترجمتهما بأن يقول الولي: «زوجتك، أو أنكحتك، ويقول الزوج: تزوجت، أو نكحت، أو قبلت تزويجها أو نكاحها، أو نحو ذلك[5]. وقد سبق ما يتعلق بألفاظ الطلاق في مبحث الصرائح والكنايات.

والذي يظهر لنا رجحانه هو عدم التقيد بلفظ مخصوص، وأن يناط الحكم بمدى دلالة اللفظ على العقد المراد إنشاؤه ومدى ما يفهم منه إما صراحة، أو ضمناً ودلالة

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٧٧...)؛ والمصادر السابقة.

(٢) القواعد النورانية ص (١١٠).

(٣) القواعد النورانية ص (١٠٥). ويراجع: قاعدة العقود ص (١٥٢...)؛ والاختيارات الفقهية ص (١٢١).

(٤) المهذب (١/٢٥٧)؛ والوجيز (١/١٣٢)؛ وفتح العزيز (٨/١٠٠)؛ والمجموع (٩/١٦٧)؛ والروضة (٣/٣٣٦)؛ والغاية القصوى (١/٤٥٧)؛ ونهاية المحتاج (٣/٣٧٥).

وراجع للحنابلة: المغني لابن قدامة (٣/٥٦١)؛ والروض المربع على زاد المستقنع (٤/٣٢٨)؛ والإنصاف (٤/٢٦٠).

وللإمامية: المختصر النافع ص (١٤٢)؛ ووسيلة النجاة (٢/١٠٣)؛ ومنهاج الصالحين قسم المعاملات ص (٢٠).

(٥) الوجيز (٢/٣)؛ والروضة (٧/٣٦)؛ والمنهاج مع شرحه للمحلي (٣/٢١٦)؛ والغاية القصوى (٢/٧٢٥)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٥٣٢)؛ وزاد المستقنع (٦/٢٤٦)؛ والمختصر النافع ص (١٩٣)؛ ووسيلة النجاة (٢/٣٤٨). وزاد الشيعة عليهما: لفظ «متعتك».

لكن بشكل تدل الظروف التي تحيطه على أنَّه جرى لإنشاء العقد، والحاكم في ذلك العرف، والقرائن والملابسات التي أحاطت بعملية العقد، بالإضافة إلى سلامة القصد واتجاهه إلى إنشاء العقد، والدليل على ذلك أنَّه لم يستطع أحد من المعارضين أن يأتي بنص من كتاب أو سنة على اشتراط لفظ مخصوص بل الأدلة الشرعية ناطقة باشتراط تحقق الرضا، وطيب النفس، ومتعاضدة على توطيد هذا البنيان ـ كما سبق ـ ومن هنا فكلام ابن حزم «إنَّ الأسماء كلها توقيف من الله تعالى» غير مسلم، فلم يرد من النبي ﷺ ـ وهو المبيِّن ـ أي حديث وصل إلينا أنه يأمر الناس بأن يتقيدوا بلفظ مخصوص لعقد مخصوص، فلو كان هذا توقيفاً لوجب عليه أن يبينه، ولشاع مثل ذلك بين أصحابه، فلقد رأينا أنَّ أصحابه قد صح عن بعضهم إيقاع الطلاق بالألفاظ التي لم ترد في الكتاب والسنة، كما أنَّهم لم يرد عنهم التزامهم بألفاظ مخصوصة عند تعاقدهم، بل روى عنهم أنهم تعاقدوا بكل ما يدل على الرضا بأي لفظ كان، فما اللفظ إلَّا وسيلة للتعبير عمَّا في النفس، فإذا أدَّى هذا الدور فقد تحقق المقصود، كما أنَّه ليس هناك دليل على تخصيص النكاح بلفظ خاص ولاسيما أنَّ النكاح تسبقه مقدمات، فإذا تمت، ثمَّ أراد العاقدان التعبير عنه بما يدل عليه فقد تمَّ، كما أنَّه لم يرد عن النبي ﷺ تحديد لفظ خاص، بل علَّقه على الرضا فقط[1]. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أنَّ العقود تصح بكل ما دلَّ على مقصودها من قول، أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة» ثمَّ ذكر للدلالة على هذا الترجيح نصوصاً كثيرة[2].

الفرع الثالث

مدى الاعتداد بلفظ العقد وحده أم بالتركيب الذي وقع فيه

قد يقع في الجملة المعبرة عن عقد لفظان: أحدهما بمفرده يدل على عقد والآخر يدل على مقتضى عقد آخر مثل أن يقول شخص: «وهبتك هذا الثوب بدينار» فهل يعتد بلفظ «وهبتك» الدال على الهبة، أم الاعتداد بالتركيب الذي وقع فيه بحيث ينظر إلى الجملة جميعها بما فيها متعلقاتها فيكون بيعاً، أم يحكم بأنَّ هذه الجملة لغو

---

(١) فقد رويت أحاديث صحيحة في أنَّ المرأة لا تتزوج إلَّا برضاها. مما يدل على أنَّ الرضا هو الأساس ـ كما سبق ـ.

(٢) القواعد النورانية ص (١١٠).

للتعارض بين أجزائها حيث إنَّ لفظ «وهبتك» مثلاً يدل على أنَّ العقد تبرع، في حين أنَّ الذي تعلق به وهو «بدينار» مثلاً يدل على أنَّه معاوضة؟.

هذا ما ثار حوله جدل بين الفقهاء، والذي اشتهر بينهم بأنه: هل العبرة باللفظ أم بالمعنى؟ وهذه القاعدة هي غير قاعدة: هل العبرة بالقصد أم باللفظ؟ والتي نبحثها ـ بإذن الله ـ في الفصل الثالث من هذا الباب.

ونحن نذكر آراء المذاهب الفقهية ثمَّ نتبعها بالخلاصة والترجيح. فالحنفية صرحوا بأنَّ العبرة بالمعنى لا باللفظ، أو بعبارة أخرى أنَّ العبرة بمجموع الجملة ـ أي التركيب ـ لا بمجرد اللفظ الدال على عقد ما. قال المرغيناني: «والمعنى هو المعتبر في العقود»[1]. قال ابن الهمام منوراً المقصود به: «ألا يرى إلى ما قالوا: لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار، أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع ـ أي إجماع أئمة الحنفية ـ»[2]. وقال ابن نجيم: «الاعتبار للمعنى، لا للألفاظ، صرحوا به في مواضع منها الكفالة، فهي بشرط براءة الأصيل حوالة، وهي بشرط عدم براءته كفالة. ولو قال: بعتك إن شئت، أو شاء أبي. أو زيد، إن ذكر ثلاثة أيام، أو أقل كان بيعاً بخيار للمعنى، وإلاَّ بطل للتعليق وهو ـ أي البيع ـ لا يحتمله، ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء للمعنى فلا يتوقف على القبول على الصحيح، ولو قال: أعتق عبدك عني بألف كان بيعاً للمعنى لكنه ضمن اقتضاء فلا تراعى شروطه، وإنَّما تراعى شروط المقتضى فلا بدَّ أن يكون الآمر ـ أهلاً للإعتاق... ولو راجعها بلفظ النكاح صحت للمعنى، ولو نكحها بلفظ الرجعة صح أيضاً»[3]. وهكذا الأمر في بقية العقود حيث لا ينظر إلى اللفظ الخاص بعقد ما وإنما ينظر إلى الجملة ككل ومعناها الذي ترمي إليه، ثمَّ ذكر ابن نجيم وغيره أمثلة في العقود كلها فقالوا: إنَّ البيع ينعقد بلفظ الهبة مع ذكر البدل، وبلفظ السلم، والإعطاء، والاشتراك، والإدخال، والرد، والإقالة على قول[4]، كما أنَّ الإجارة تنعقد بلفظ الهبة والتمليك، وبلفظ الصلح عن المنافع، وبلفظ العارية، وأنَّ النكاح ينعقد بلفظ البيع، والشراء، والهبة، والتمليك، وأنَّ السلم ينعقد بلفظ البيع، وقالوا أيضاً: لو شرط رب المال للمشارك كل الربح كان المال قرضاً،

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٥/٧٦).

(٢) فتح القدير (٥/٧٦).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص (٢٠٧).

(٤) فتح القدير (٥/٧٦...)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٢٠٧)؛ والبحر الرائق (٥/٢٨٦).

وهكذا الأمر في الطلاق حيث يقع بلفظ العتق ونحوه[1].

والأمر في هذه المسألة لا يختلف في مذهب مالك الذي اعتد بالمعنى المفهوم عرفاً من الجملة دون المعنى الخاص بجزء منها دون المجموع[2].

وأما الشافعية فقد اختلفوا في ذلك فلهم رأي في أنَّ العبرة بالمعنى ـ أي كالحنفية والمالكية ـ ورأي آخر أنَّه لغو لا يعتد به لوجود التعارض، ورأي ثالث: أنَّ العبرة باللفظ الدال على العقد دون الاعتبار بما تعلق به، هذا هو الخلاف النظري فقد يختلف الأمر بالنسبة لبعض الفروع أي لا نجد لهم فيها الآراء الثلاثة بل نجد لهم فيها رأيين أو واحداً، ولذلك نذكر لهم بعض الفروع المنبثقة من القاعدة السابقة قال العلائي، وابن خطيب الدهشة: «إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في عقد آخر هل العبرة باللفظ أم بالمعنى؟ وفيه صور منها: إذا قال بعتك بلا ثمن لم ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ، وهل ينعقد إباحة أو هبة نظراً إلى المعنى؟ وجهان اختلف في الراجح منهما. ومنها: إذا عقد على معين بلفظ السلم لم ينعقد سلماً قطعاً، وهل ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، أو لا يصح لاختلاف اللفظ؟ فيه الوجهان، والأصح المنع.

ومنها: إذا عقد السلم بلفظ البيع اتفقوا على صحة العقد واختلفوا: هل ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ، أو سلماً نظراً إلى المعنى على وجهين: الأصح عند العراقيين، والروياني، والجرجاني أنَّه ينعقد سلماً. . . والأصح عند البغوي وغيره أنَّه يكون بيعاً، وصححه الرافعي في المحرر، والنووي في الروضة[3] وهو قول أبي إسحاق المروزي»[4]، وقد عنون السيوطي هذه المسألة بأنَّه: «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟ خلاف والترجيح مختلف في الفروع»[5] ثمَّ ذكر كثيراً من الفروع الفقهية المنبثقة من هذه القاعدة، فمنها: إذا قال: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم فقال: بعتك فرجح الشيخان ـ أي الرافعي والنووي ـ: أنَّه ينعقد بيعاً، اعتباراً باللفظ. والثاني ـ ورجَّحه السبكي ـ ينعقد سلماً، اعتباراً بالمعنى.

---

(١) يراجع: الأشباه لابن نجيم ص (٢٠٧ ـ ٢٠٨)؛ والمصادر السابقة.

(٢) الفروق للقرافي (٥٣/١)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٠/٢، ٣/٣)؛ وشرح الخرشي (١٧٣/٣، ٥/٥).

(٣) الروضة (٣٣٨/٣).

(٤) مختصر قواعد العلائي ص (٣٢٠)؛ وقواعد العلائي (١٦١/١)، المشار إليها بهامش مختصرها ص (٣٢٠).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٨٣).

ومنها: إذا قال: بعتك إن شئت، إن نظرنا إلى المعنى صح، لأنَّه إذا لم يشأ لم يشتر وهو الأصح[1]، وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل.

ومنها: إذا قال لمن عليه الدين: وهبته منك، ففي اشتراط القبول وجهان:

أحدهما: يشترط اعتباراً بلفظ الهبة.

والثاني: لا، اعتباراً بمعنى الإبراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق، والنووي[2].

ومنها: ما لو قال: أعتق عبدك عني بألف: هل هو بيع، أو عتق بعوض؟ وجهان. وسماه النووي بالبيع الضمني فيصح البيع والعتق معاً[3].

ومنها: إذا قال: خالعتك، ولم يذكر عوضاً، قال الهروي: فيه قولان بناء على القاعدة:

أحدهما: لا شيء.

والثاني: خلع فاسد يوجب مهر المثل وهذا ما رجَّحه النووي في المنهاج[4].

ومنها: الرجعة بلفظ النكاح، فيها خلاف خرجه الهروي على القاعدة، والأصح صحتها به.

ومنها: لو باع المبيع للبائع قبل القبض بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ البيع ذكره صاحب التتمة، وخرجه السبكي على القاعدة وقال القاضي حسين: إن اعتبرنا اللفظ لم يصح، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة[5].

ومنها: إذا قال: استأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من ثمرتها، فالأصح أنَّه إجارة فاسدة نظراً إلى اللفظ وعدم وجود شرط الإجارة، والثاني أنَّه يصح مساقاة نظراً إلى المعنى، وكذلك الأمر إذا كان بالعكس[6].

---

(١) الأشباه للسيوطي ص (١٨٤).

(٢) الروضة (٧/٣١٥).

(٣) الروضة (٣/٣٤١).

(٤) المنهاج مع شرحه للمحلي (٣/٣١٣).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٨٥).

(٦) المصدر السابق نفسه.

ومنها: لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال: بعتك منفعة هذه الدار شهراً، فالأصح لا ينعقد نظراً إلى اللفظ. وقيل: ينعقد إجارةً نظراً إلى المعنى.

ومنها: إذا وكله أن يطلق زوجته طلاقاً منجزاً وكانت قد دخلت الدار فقال لها: إن كنت دخلت الدار فأنت طالق. فهل يقع الطلاق؟ فيه وجهان، لأنَّه منجز من حيث المعنى معلق من حيث اللفظ.

ومنها: إذا قصد بلفظ الإقالة البيع، فقيل: يصح نظراً للمعنى، وقيل: لا يصح نظراً إلى اختلال اللفظ.

ومنها: لو وقف على دابة فلان، فالأصح البطلان نظراً إلى اللفظ لأنَّ الدابة لا يمكن أن تتملك لا حالا، ولا مآلاً، والقول الثاني لهم: إنَّه يصح نظراً إلى المعنى، فيحمل على أنَّ صاحبها يقبله ثمَّ هو يقوم بصرفه في علفها، وهكذا الأمر في جميع العقود حيث اختلفوا في الاعتداد باللفظ، أم بالمعنى، وقد رأينا الترجيح يختلف حسب طبيعة كل عقد بعينه[1] إلَّا في النكاح حيث لم يجووزوه إلَّا بلفظي النكاح، والتزويج[2]».

وأمَّا الحنابلة فمتقدموهم على عدم التوسع في هذا الباب قال العلامة المرداوي: «ولا ينعقد البيع بلفظ «السلف» و«السلم»»، قاله في التلخيص في باب السلم. وظاهر كلام الإمام أحمد في رواية المروذي أنَّه لا يصح البيع بلفظ «السلم»: وقيل يصح به قاله القاضي... وقال في التلخيص: في انعقاد البيع بلفظ «الصلح» تردد. فيحتمل الصحة وعدمها، وقال في الفروع: ويصح بلفظ «الصلح» على ظاهر كلامه في المحرر والفصول»[3].

وأما متأخروهم كابن تيمية ومن تبعه فقد وسعوا في مسائل الألفاظ، واعتدوا بكل ما يدل على المقصود والرضا[4].

فعلى ضوء هذا فجمهور الفقهاء ـ الحنفية، والمالكية، ورأي داخل المذهب الشافعي، ورأي للحنابلة، وابن تيمية، والزيدية[5] على أنَّ العبرة بالمعنى المفهوم من

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٨٣ ـ ١٨٦).

(٢) الروضة للنووي (٣٦/٧)؛ والغاية القصوى (٧٢٥/٢).

(٣) الإنصاف (٢٦١/٤). ويراجع: المغني لابن قدامة (٥٦١/٣)؛ وزاد المستقنع (٣٢٨/٤ ـ ٣٢٩).

(٤) القواعد النورانية ص (١١٠)؛ وقاعدة العقود ص (١٥٢).

(٥) المصادر السابقة وراجع للزيدية: الروض النضير (٤٢٦/٣)؛ والبحر الزخار (٢٩٢/٤).

الجملة جميعها، وليست بلفظ عقد وارد فيها، وهذا هو الراجح، لأنَّ الجملة لا يفهم السامع معناها إلَّا مع متعلقاتها، كما أنَّ اللفظ يتغير معناه بحسب ما يتعلق به، فإذا قال الإنسان رأيت أسداً في الغابة فالمراد به الأسد الحقيقي، وإذا قال رأيت أسداً في ساحة الوغى فالمراد به الإنسان الشجاع لا محالة ولم يغير معناه هذا إلَّا ما تعلق به، وكذلك الأمر بالنسبة للعقود، فإذا استعمل لفظ اشتهر في عقد، ثمَّ أتى بعده بمتعلق يدل على عقد آخر، فإنَّ السامع لا يفهم منه العقد الأول بل العقد الثاني، فلا بدَّ أن يقبل، لأنَّ المراد بالتخاطب هو أن يفهم المخاطب كلام المتكلم، والتفاهم كما يتحقق بالحقيقة كذلك يتحقق بالمجاز، بل هذا أبلغ وآكد، وإلَّا - أي إن لم نحمله على المعنى المقصود المفهوم من التركيب - لأدَّى ذلك إلى إلغائه، ولا شك أنَّ أعماله أولى من إلغائه، وأنَّ القاعدة العامة هي أن لا يصادر كلام العاقل بل يحمل على محمل معقول[1].

مدى قبول الوسائل الحديثة لاستعمالها في التعبير:

لقد ظهرت في عصرنا الحاضر وسائل للاتصالات لم تكن موجودة أو متطورة في العصور السابقة مثل الهاتف (التليفون) والراديو، والتليفزيون ونحوها فهذه الأمور ليست وسائل جديدة للتعبير، بل هي وسائل جديدة للاتصالات إذن فلا يخرج ما يتكلم به العاقدان من خلال التليفون عن الكلام فحكمه إذن حكم الكلام ويعتبر مجلس التواصل مجلس العقد، وإذا كان هناك احتمال في وجود تقليد أو تزوير فهذا الأمر يتعلق بقضية الإثبات، وليس بقضية التعبير، فمثله كمثل من يتكلم مع آخر من وراء حجاب، أو جدار، وينشىء معه العقد، فالعقد ينعقد به، لكن إذا ثبت فيه تزوير وخداع فإنَّ الأمر ينظر إليه من هذه الزاوية، وكذلك الأمر بالنسبة للراديو والتليفزيون، فمن وَجَّهَ عرضه بإنشاء عقد من خلالهما إلى شخص أو إلى الجمهور وقبله شخص فقد تمَّ العقد. أمَّا قضية احتمال وجود عمليات الدبلجة والخدع الفنية فهي تعود إلى الإثبات، ومن يدعيها فعليه الإثبات بشتى الوسائل المتاحة للإثبات في الحقوق المدنية[2].

هناك أمثلة كثيرة لفقهائنا العظام يمكن قياس هذه المسائل عليها منها - على سبيل المثال - ما ذكره النووي بقوله: «لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا

---

(١) الأشباه للسيوطي ص (١٤٢)؛ والأشباه لابن نجيم ص (١٣٥).

(٢) يراجع: أستاذنا الدكتور الشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١٨)؛ والشيخ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد السادس.

خلاف»[1]. بالإضافة إلى أنَّه لا حاجة للقياس، لأنَّ الأساس من الحل هو الرضا، فإذا تحقق فقد حصل المطلوب.

المطلب الثاني

دلالة اللفظ على الرضا في القانون

حجبت الشكلية السائدة في القانون الروماني دور الإرادة عن الظهور، ولم يكن لها من قوَّة أو سلطان غير ما يفرضه القانون، وعجزت الإرادة عن إحداث أثر قانوني إذا لم تظهر حسب الأشكال المرسومة، ومن ثمَّة لم يكن لفكرة التعبير عنها ـ بمعناها الفني الحديث ـ محل في هذا القانون، فإذا كانت هناك بعض عقود تنعقد بألفاظ منطوقة، أو مكتوبة، فإنَّ انعقادها بها لا يعود إلى الألفاظ باعتبارها تعبيراً عن الإرادة، وإنما تتلمس قوتها من القانون نفسه باعتبارها طقوساً لا يجوز لمن أراد إنشاء العقد لها أن يزيد عليها أو ينقص، ولكن حينما ظهرت العقود الرضائية الأربعة كاستثناء اعتد بالتعبير عنها سواء كان لفظاً أو كتابة، أو إشارة، وبقيت بقية العقود الأخرى لا تنعقد إلاَّ في ظل الشكلية المرسومة لها والتي كانت تتم بالتصرف بالسبيكة والميزان، أو بالدعوى الصورية، أو بالاشتراط الشفهي ـ كما سبق[2] ـ فلم يكن اللفظ وحده ـ ولا غيره من وسائل التعبير ـ كافياً ـ كقاعدة عامة ـ في إنشاء الالتزام فالاتفاق المجرد ـ كما قال الفقيه الروماني بولس ـ لا ينجم عنه أي أثر يمكن إقامة الدعوى عليه، فمثلاً كان تحقق القرض المسمى عندهم بـ : (Nexum) يتم بأن يحضر العاقدان وخمسة شهود مع حامل

---

(١) المجموع (٩/١٨١).

(٢) ينظر الباب التمهيدي. وراجع: د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٥٧)؛ و د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٨)؛ و د. عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانونين الإنجليزي والسوداني، المنشورة في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، سنة ١٩٧٤، ص (٢)؛ و د. عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، العدد الرابع، سنة ١٩٤٨، ص (٦٢٠)؛ وجوسران، المصدر السابق، بند (٣٠٥، ٣٠٦)؛ وبلانيول مع ريبير، المطول العملي للقانون المدني الفرنسي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٢ (١٠٠/٦)؛ و د. المحمصاني، المصدر السابق (٢/٢٥ ـ ٢٦)؛ و د. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية، ص (٢٣) وما بعدها؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٢٦) بند (٤٣)؛ وموراندييه، المصدر السابق ص (١٧٦)، بند (٣٠٥).

الميزان الذي كان رمزاً تقليدياً للتعاقد ثمَّ ينطبق العاقدان بألفاظ لاتينية تقليدية مرسومة للدلالة على هذا العقد، وحتى الاشتراط الشفهي لم يكن للعاقدين فيه حرية في التعبير عنه، بل لا بدَّ ـ كما يقول جايوس ـ أن يقول الدائن أمام المدين بلغة لاتينية معينة: «هل تتعهد، أو تعد؟» ويرد عليه المدين بجواب في صيغة مقررة وهي: «أتعهد، أو أعد»[1]. ومن هنا كان اللفظ باعتباره شكلاً يدخل في إنشاء العقود، فكان هناك ألفاظ منتظمة تعتبر بمثابة طقوس دينية لا يجوز حذفها في إنشاء العقود، ولا الزيادة عليها ولا ترجمتها إلى لغة أخرى، فكانت هذه الألفاظ محددة تدل على إنشاء العقد المراد بدقة، فكان الرومان يهدفون وراء اصطناعها ـ بالإضافة إلى صعوبة انتقال الملك من شخص إلى آخر في نظرهم ـ تفادي روح المشاغبة واستبعاد الخلافات، ووأد المنازعات في مهدها[2].

وأما التشريعات الحديثة فحينما آمنت بمبدأ الرضائية تركت الباب مفتوحاً على مصراعيه للتعبير عن الرضا بأية وسيلة كانت، وذلك لأنَّ الإرادة ـ سواء كانت عملاً من جانب واحد، أو عرضاً وقبولاً ـ ليس لها أي فاعلية قانونية ـ على الرغم من أنها هي المنشئة في الأساس ما دامت كمين النفس لم تظهر إلى الخارج، وحينئذٍ يكون لها وجود مادي يترتب عليه الآثار، إذن فالتعبير عن الإرادة يقتصر دوره في أكثر التشريعات الحديثة على نقل ما في النفس من قصد ورضا إلى الخارج، ومن هنا لا تلقي نوعية التعبير عناية التشريع الحديث إلاَّ بقدر الدلالة على المقصود سواء كان تعبيراً صريحاً أو ضمنياً، وسواء كان الأمر يتعلق بالعرض أو بالقبول هذا ما عليه التشريعان: المصري، والفرنسي[3]، فالإرادة الصحيحة يمكن أن تظهر بكل وسيلة تتمكن من توصيلها إلى

---

(١) جايوس، كتاب الأحكام، الباب الثالث رقم ٩٢ ـ ٩٣.

(٢) د. فتحي عبد الرحيم، رسالته السابقة ص (٣٠) والمصادر السابقة.

(٣) يراجع في التشريع المصري: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، سنة ١٩٥٥؛ و د. السنهوري، الوسيط (٢١٧/١)؛ و د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (٧٦/١)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٦٨)؛ و د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٢٤)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١٩١/١)؛ و د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق ص (٨٤)؛ و د. سليمان مرقص، موجز أصول الالتزامات ص (٦١)؛ ود. الصدة، المصدر السابق ص (٩٢)؛ و د. حجازي، المصدر السابق (٥٢/١، ١٩٠).

وراجع في القانون الفرنسي: بلانيول وريبير، المصدر السابق ص (١٠٤/٦)؛ ومارسيل، =

الغير، فليس هناك مظهر خاص يتحتم اتخاذه للتعبير عن الرضا، فالقاعدة العامة في التعبير هي أنّه لا يخضع لشكل ما، وهذا مقتضى مبدأ الرضائية، ولا شك أن أبسط وسيلة هي الكلام سواء كان موجهاً لشخص حاضر، أو غائب وسواء كان بطريق مباشر، أو بواسطة الوسائل الحديثة كالتليفون، والراديو ونحوهما، وقد نص القانون المصري في مادته (٩٠) على ما يأتي:

«١ ـ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

٢ ـ ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

فعلى هذا فالتعبير عن الرضا ـ بما فيه اللفظ ـ إما أن يكون صريحاً، أو ضمنياً، والقانون لم يخصص إحدى الوسائل لتكون صريحة، والأخرى تكون ضمنية، بل كونها صريحة أو ضمنية يعود إلى مدى دلالتها على الرضا، فيكون التعبير صريحاً ـ لفظاً كان أو غيره ـ إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه من شأنها أن تؤدي إلى المعنى المقصود مباشرة دون احتمال معنى آخر. أي بالصورة المألوفة بين الناس، والأسلوب المتعارف عليه، مثل لفظ البيع، والشراء، أو القبول أو نحوهما، فالمعيار في ذلك أن يفهم الناس من اللفظ ـ المستعمل في الدلالة على الرضا ـ المقصود دون بحث عن القرائن وعناء، ولا يهم بعد ذلك أن يكون اللفظ مؤدى بواسطة اللسان مباشرة، أو بواسطة التليفون، أو الرسول[1].

= المصدر السابق، (بند ١٧٨)؛ وفهرس القانون المدني الفرنسي، القسم الثاني الخاص بإعلان الإرادة بند (٢١ وما بعده)؛ ودالـلـوز، الجزء الثالث الخاص بالعقود والاتفاقات بند (١١٣ ـ ١١٦)؛ و:

Mircea Durma: Notification De La Volonte Role de la Notification Dans La Formaton Des Actes Juridiques. Preacece De M. Renè Demogue. Paris, 1930, P. 17.

وشيفاليه، الإرادة مصدراً للالتزام في مشروع القانون المدني المنقح، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد عدد نوفمبر ١٩٤٢ (٢/٣٤. .).

(١) د. السنهوري، الوسيط (٢١٧/١ ـ ٢١٩)؛ و د. سليمان مرقص، المصدر السابق ص (٦١)؛ و د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٦٩)؛ والمصادر السابقة. وفهرس القانون المدني الفرنسي بند (٢٤)؛ ومارسيل بند (٨٠) وما بعده؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (٦/ بند ١٠٥).

وأما التعبير الضمني فهو ما كانت الوسيلة فيه لا تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود مباشرة، لكن القرائن التي تحيط بها تخصصها للدلالة على الرضا بالعقد، كأن يبيع الشخص الشيء المعروض عليه ليشتريه، أو يعلن مدير المسرح في برامجه عن مسرحية عرضها عليه مؤلف، وذلك لأنَّ هذه الأمور لا تتم إلَّا من خلال فرض قبول ما عرض عليه[1].

وقد ثار جدل لفظي حول معيار الصريح، والضمني فذهب رأي إلى الاحتكام في ذلك إلى فكرة كون التعبير مألوفاً لدى الناس في الصريح، وغير مألوف في الضمني، ورأي آخر إلى كون الأسلوب مباشراً في الأول وغير مباشر في الثاني، ولم يشأ المشرع أن يحسم هذا الأمر بل ترك البحث عن المعيار السليم للفقه والقضاء[2]، غير أنَّ الفقه الآن يكاد يستقر على عدم الجدوى في هذه التفرقة ولا يرى «أنَّ هناك فرقاً محسوساً بين الرأيين بل يمكن القول: إنَّ الأسلوب المألوف في التعبير هو التعبير المباشر، والأسلوب غير المألوف في التعبير هو التعبير غير المباشر»[3].

وعلى الرغم من الاختلاف الواضح بين التعبيرين: الصريح، والضمني من حيث إنَّ الأول مألوف ومباشر، وواضح على عكس الثاني لكن التشريعات الحديثة تعطي للتعبير الضمني نفس القيمة القانونية الممنوحة للصريح إلَّا في حالات استثنائية اشترط المشرع أو العاقدان أن يكون التعبير صريحاً (٢/٩٠ م) مثل ذلك ما نصت عليه المادة (٣٩٨ م م)[4] من أنَّ الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلَّا إذا ذكر فيها صراحة أنَّه استوفى ديناً أو إذا ذكر صراحة أنَّه قصد بما دوَّنه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته، والمادة (٤٧٥ م م) من أنَّ بائع

(١) المصادر السابقة وأستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن، المصدر السابق (١/٦٧).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (١٤/٢، ١٥).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٢٠)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/١٩٢ ـ ١٩٣)، وراجع: بلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٣/٦)، حيث اعتبر معيار المباشر وغير المباشر هي النظرية الحديثة.

وقارن ذلك بما ذكره د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/١٠٦) من تفسيره التعبير الصريح بالمباشر، في حين قسم التعبير الضمني إلى مباشر وغير مباشر.

(٤) وقد ألغيت هذه المادة بل من المادة (٣٨٩) إلى المادة (٤١٧)، بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الصادر بقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. المنشور بالجريدة الرسمية، عدد ٢٢، في ١٩٦٨/٥/٢٠.

التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد، والمادة (٥٩٧ م م) من أنَّ ذمة المستأجر الأصلي تبرأ إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار، أو بالإيجار من الباطن، وهكذا الأمر في التشريع الفرنسي يقول بلانيول وريبير: : «كمبدأٍ الإرادةُ الضمنية لها من القوة مثل ما للإرادة الصريحة، ومع ذلك قد يشترط القانون المدني أن يكون التعبير صريحاً في بعض العقود لأجل لفت النظر إلى أهميتها مثل المواد (٨٤٣، ١١٩٧، ١٢٠٣، ١٢٥٠، ١٣٩٢، ١٣٩٥، ١٧٧٢، ٢٠٥٤ م ف»[1]، وأحياناً لا يوجب المشرع كون التعبير صريحاً لكن يوجب الحيطة والحذر والتشدد في استخلاص التعبير الضمني كأن يتطلب اتفاقاً خاصاً كما هو الحال في المادة (٣٠٩ م م) حيث نصَّت على أنَّه: «لا يضمن المحيل يسار المدين إلاَّ إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان، والمادة (٤٤٥ م م) الدالة على وجوب اتفاق خاص في زيادة ضمان الاستحقاق، أو نقصه، وكالمادة (٥٥٥ م م) التي استوجبت أن يكون تفسير الإرادة تفسيراً ضيقاً بخصوص عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح. وكالمادة (٢٧٩ م م) التي نصَّت على أنَّ التضامن بين الدائنين أو بين المدينيين لا يفترض، والمادة (٣٥٤ م م) التي تدل على أنَّ تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف، أو نحو ذلك[2]، فهذه درجات ينتقل القانون فيها من الشكلية إلى ما دونها بقليل أو كثير حسب درجة خطورة التصرف[3].

واللفظ سواء كان صريحاً أو ضمنياً صالح لإنشاء العقود إلاَّ في بعض حالات يتطلب القانون أن يكون التعبير مفرغاً في شكل خاص، أو أن لا يتم العقد إلاَّ بالقبض، واشتراط الشكل لم يبق في القانون المصري إلاَّ في الهبة والرهن حيث نصت المادة (٤٨٨/١ ـ م م) على أنه «تكون الهبة بورقة رسمية، وإلاَّ وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر»، وبالنسبة للرهن فقد نصَّت المادة: (١٠٣١ م م) على أنَّه «لا ينعقد الرهن إلاَّ إذا كان بورقة رسمية» والعقد العيني قد انحصر في القانون المصري في هبة المنقول حيث نصت المادة (٤٨٨/٢ م م) على أنَّه «يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية» فعلى هذا فهبة المنقول قد تكون عقداً شكلياً إذا

---

(١) بلانيول وريبير، المصدر السابق، جـ(٦) بند (١٠٥) ص (١١٢).

(٢) وراجع السنهوري، الوسيط (٢٢١/١)؛ وكذلك الأمر في القانون الفرنسي، انظر: المواد (١١٩٧، ١٢٠٢، ١٧٧٢، ٢٠٥٤ م. ف). وراجع: مارسيل، بند (١٨٢).

(٣) د. الصدة، محاضرات في القانون المدني ص (٥٦).

تمّت بورقة رسمية، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمّت بالقبض، وقد شارك القانون الفرنسي القانون المصري في عدم صلاحية اللفظ لإنشاء الأثر القانوني بالنسبة لبعض العقود حيث اشترط التسجيل أمام الموثق لتكوينه، كالهبة والتنازل بين الأحياء (المادة ٩٣١ م ف) وكذلك عقود الزواج (المادة ١٣٩٤ م ف) وعقد الرهن العقاري المادة (٢١٢٧ م ف) المعدلة بمرسوم ٤ يناير سنة ١٩٥٥ كما جعل هبة المنقول، والقرض، والعارية، والوديعة، ورهن الحيازة من العقود العينية التي لا تتم إلّا بالقبض[١].

غير أنّ هذه العقود مهما بلغت فهي بمثابة استثناءات عن القاعدة العامة لمبدأ الرضائية فرضتها خطورة ما تنطوي عليه هذه العقود، وحماية من المشرع لمن يقدم عليها أن لا يقع في مأزق نتيجة تسرع قد يندم عليه، وهذا بعكس العقود المالية التي لا يفرض فيها الشكلية أو العينية، لأنّ الغرض هو عدم وضع قيود تحول دون النشاط التجاري. ولكنه مع كل ذلك فهي من بقايا التراث القانوني الروماني الذي كان تسوده الشكلية، فالعينية، ولا داعي لاستبقائهما في التشريعات الحديثة بعد ما آمنت بالرضائية واتخذتها الوسيلة المثلى لانعقاد العقود، ولذلك اتجهت بعض التشريعات الحديثة إلى عدم إبقاء العقود العينية، مثل التشريع السويسري الذي لم يستبق منها إلّا رهن الحيازة وحده[٢].

وبالإضافة إلى هذه الاستثناءات التي تقلل من قيمة اللفظ بالنسبة للعقود الشكلية أو العينية، فإنّ العاقدين يستطيعان جعل العقود الرضائية شكلية ـ دون العكس ـ وحينئذٍ لا يتم العقد إلّا حسب الشكل الذي اتفقا عليه[٣].

هذا وقد يتضاءل دور اللفظ في بعض تصرفات قانونية لا يرجع سببها إلى كونها عقوداً شكلية، أو عينية ولكنه يعود إلى أنّ القانون قد أوجب إثباتها بالكتابة، فمثلاً فالمادة (٦٠م م) قد أوجبت إثبات التصرفات القانونية ـ التي تربو قيمة الحقوق التي تنشأ

---

(١) جوسران، المصدر السابق بند (٣٨) ص (٢٤)؛ وراجع موراند، المرجع السابق ص (١٨٠) بند (٣٠٧).

(٢) راجع في القانون السويسري:

Pirre Engel: Traité Des Obligations En Droit Suisse. C. Neuchat, 1973, P. 125.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/١٨٨)؛ والمصادر السابقة؛ وفهرس القانون المدني الفرنسي القسم الثاني بند (٢٦).

بها عن عشرين جنيهاً ـ وكذلك المادة (١٣٤١ م ف)[١] ـ بادلة كتابية إذا ثار النزاع حول وجودها أمام القضاء، غير أنَّ هذا لا يدل على عدم الاعتداد باللفظ في هذه الحالة، بل اللفظ دال على الإرادة، ومنشىء للآثار غير أنَّ عجزه يأتي في المرحلة الثانية وهي إثبات الحق أمام القضاء، ولذلك يعتبر التصرف قائماً منتجاً لآثارة على الرغم من عدم إثباته بالكتابة إن أقر الخصم بوجوده، أو إذا أمكن إثباته بالوسائل البديلة عن الكتابة كتوجيه اليمين الحاسمة، ونكول الخصم عن حلفها، أو الإثبات بغير الكتابة في أحوال الإعفاء عن تقديم الدليل الكتابي عند لزومه، أو وجود بداية ثبوت بالكتابة[٢].

وكذلك الأمر حينما يشترط القانون شهر التصرفات التي ترد على حقوق عقارية لترتب أثرها من نقل، أو إنشاء، أو تعديل هذه الحقوق (المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦م) فالبيع الذي يقع على عقار يجب تسجيله حتى يتم به انتقال ملكية العقار المبيع من البائع إلى المشتري، فإذا لم يسجل لم ينتقل الحق[٣]، وقد ثار حول أثر الشهر في الاتفاق هل يلغيه ويهدره أم يكون دوره محدداً؟. فالراجح هو أنَّ الشهر لا يجعل العقد شكلياً وبالتالي فلا يلغي الاتفاق وإنما هو حماية قانونية فرضها المشرع لخطورة العقار تختص بنقل الملكية، أمَّا بقية الآثار فهي تثبت بمجرد الاتفاق[٤]، وهذه الميزة الخاصة للعقود الواقعة على العقار في التشريعات الحديثة التي يسودها مبدأ الرضائية تعتبر من بقايا آثار القانون الروماني الذي كان يقضي بوجوب تصرفين: الاتفاق والشكل، أو التسليم، بل إنَّ الذي ينقل الملكية ليس الاتفاق، بل الشكل، أو التسليم، هذا فكل التشريعات الحديثة التي أخذت بفكرة التفرقة بين التصرف المنشىء

---

(١) وقد اشترطت هذه المادة إثبات التعامل الذي تتجاوز قيمته عن (٥٠ فرنكاً) بالكتابة فهذا الاشتراط للإثبات فقط.

انظر: مورانديه، المصدر السابق ص (١٨١ بند ٣٠٨).

(٢) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (١٠٤)؛ والإثبات في المواد المدنية بند (٤١).

(٣) د. سليمان مرقس، عقد البيع، ط. عالم الكتب ١٩٨٠ ص (٢٨٢)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، ط. دار النهضة العربية، ص (١٨٣).

(٤) يراجع تفصيل ما يتعلق بشهر العقار ونظام السجل العيني: د. منصور محمود وجيه، رسالة الدكتوراه في حقوق القاهرة، سنة ١٩٦١ في نظام السجل العيني؛ والمصادر السابقة؛ و د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، ص (١٠٤)؛ و د. محمد علي عمران، الوجيز في أحكام البيع، ص (١٨١ ـ ١٨٣)؛ و د. سليمان مرقص، المصدر السابق ص (٢٨٢)؛ و د. الصده، مصادر الالتزام ص (٦٨)؛ و د. السنهوري، الوسيط (٤/ ٢٨١).

للالتزام، والتصرف الناقل فعلاً له ترجع إلى هذه الفكرة الرومانية[1].

والخلاصة أنَّ اللفظ سواء كان صريحاً أو ضمنياً صالح لإنشاء العقد ما دام يدل على المقصود، ولا يشوبه لبس أو غموض، إلَّا ما استثنى من العقود السابقة كما أنَّه لا يشترط في التعبير عن العقد لفظ خاص، بل كل لفظ يدل على المقصود فهو صالح لإنشاء الآثار. والقانون العراقي قد أخذ بهذا المبدأ[2] واستقى معظم أحكامه في مسألة التعبير من الفقه الإسلامي حيث نص في الفقرة الأولى من المادة (٧٧) على أنَّ «الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد. . .» فجعل العرف معياراً للحكم على أي لفظ كان في دلالته على الرضا وضوحاً، أو خفاً صراحة أو ضمناً، مباشرة، أو بواسطة التليفون، والرسول، ثمَّ نص على أنَّ التعبير بالماضي لا يحتاج إلى نية أو قرينة، في حين أنَّ التعبير بصيغة المضارع، أو الأمر إنما يكون إذا أريد بهما الحال (المادة ٢/٧٧) ونص في المادة (٧٨) على أنَّ صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين»[3].

فالقاعدة العامة هي أن التعبير لا يخضع لشكلية ما، بل للعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروقه ما لم يقض القانون أو اتفاق الطرفين بغير ذلك، كما أنه في بعض الحالات يشترط القانون أن يكون التعبير صريحاً، للتنبيه على خطورة الأمر الذي يريد الإقدام عليه مثل ما نص عليه القانون من أنَّ المحيل في حوالة الحق لا يضمن يسار المحال عليه إلَّا إذا نص على ذلك صراحة (المادة ٣٦٩ م ع) ومثل المادة

---

(١) المصادر السابقة في القانون الروماني. وراجع د. منصور محمود، رسالته السابقة ص (٦ ـ ٧)؛ و د. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية ص (٢٨).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: د. الحكيم، المصدر السابق (١/ ٥٤ ـ ٥٧)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، الوجيز (٣٢/١)؛ و د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/ ٩٠)؛ و د. حسن ذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ص (١٦)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/ ١٠٢).

(٣) يقول الأستاذ الدكتور حسن ذنون، في كتابه محاضرات في القانون المدني العراقي ص (١٧): «. . . على أنَّ الأمر يختلف بالنسبة لما تقرره المادة (٧٨ م ع) فهي تقرر أنَّ صيغة الاستقبال ينعقد بها العقد (وعداً ملزماً) إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين. وواضح أنَّ المشرع العراقي أخذ هنا بالإرادة الباطنة على خلاف ما يقرره فقهاء الشريعة». ونلاحظ عليه بأنَّ هذا الحكم ليس مخالفاً لجميع آراء الفقهاء فالمالكية أجازوا انعقاد العقود بصيغة المستقبل كما سبق، كما أنهم يرون أنَّ الوعد ملزم.

(٧٧٨/أ م ع) حيث تقضي باشتراط التعبير الصريح في حالة التنازل عن الإيجار، أو الإيجار من الباطن، غير أنَّ القانون العراقي قد جعل البيع الواقع على العقار من العقود الشكلية، حيث نصَّ في مادته (٥٠٨) على أنَّ: «بيع العقار لا ينعقد إلَّا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون». ونص في مادته (١١٢٦) على «أنَّ العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلَّا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً». فهاتان المادتان صريحتان في أنَّ التسجيل شرط للانعقاد ـ وليس لنقل الملكية فقط كما هو الحال في القانون المصري ـ فعلى هذا يكون التسجيل ركناً فيه فيعتبر باطلاً إذا انعدم فيه[1]، وهذا المسلك منتقد، حيث خالف فيه الشريعة الإسلامية، والقانون الروماني، والتشريعات الحديثة[2]. وجعل القانون العراقي الكتابة للإثبات في عقد الصلح وليس للانعقاد (المادة ٧١١ م ع)، كما جعل هبة المنقول[3] والرهن الحيازي، والوديعة، والعارية من العقود العينية التي لا تتم إلَّا بالقبض وهو في ذلك أوسع مدى من القانون المصري، وهو في ذلك منتقد، حيث إنَّ التوسع في العقود العينية لا يتفق مع سيادة مبدأ الرضائية، وهي تعتبر معوقة للتجارة القانونية دون أية فائدة من ورائها[4]، والشريعة الإسلامية التي هي أحد مصادر القانون العراقي لا يجعل القبض في بعض العقود كالهبة شرطاً للانعقاد بل شرطاً للزوم[5].

والقانون الإنجليزي يعتبر ظهور الرضاء شرطاً أساسياً لترتيب الآثار، فمن الأقوال الشائعة قول القاضي الإنجليزي لورد (James) في مناسبة نظر قضية: «كي ينشأ العقد ينبغي أن يظهر رضاء الطرفين معاً»[6].

---

(١) د. غني حسون طه، عقد البيع ص (٢١٧).

(٢) أما مخالفة القانون العراقي للشريعة الإسلامية فواضحة حيث لم تجعل التسجيل شرطاً للانعقاد في أي عقد من العقود على الإطلاق. وأما مخالفته للقانون الروماني فهو أنَّ القانون الروماني لم يفرق بين عقد محله العقار وعقد محله غيره، وأمَّا مخالفته للتشريعات الحديثة فهي أنها مهما اختلفت اتجاهاتها لم تحكم ببطلان العقد إذا لم يسجل، بل بعضها جعل الشهر شرطاً لنقل الملكية فقط، أو بالنسبة للغير. المصادر السابقة؛ و د. غني حسون طه؛ عقد البيع ص (٢١٩).

(٣) لكن محكمة التمييز العراقية قضت في حكم صادر لها في ١٩٥٨/٦/١١ منشور في مجلة القضاء ١٩٥٨ العدد الرابع ص (٥٧٠): بانعقاد الهبة دون القبض إذا كان الموهوب له صغيراً لا يصح قبضه.

(٤) د. مالك دوهان، المصدر السابق ص (١/٨٢ ـ ٨٤).

(٥) المنثور في القواعد (٢/٤٠٢)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٩٩).

(٦) جاء ذلك في مناسبة قضية: Dickinson V. Dodd المشار إليها في (W.T. Major) المصدر السابق ص (١).

فالقانون الإنجليزي يعتد بالكلمة: (Word) ويعتبرها من الوسائل الصالحة لإنشاء العقد، غير أنَّ هذه الكلمة (Word) يشوبها نوع من الخلط وعدم الدقة إذ أنَّها تعني المنطوق، والمكتوب[1]، ولا سيما أنَّ الكتابة أقوى، ومجالها أوسع من اللفظ في قبولها لإنشاء العقد، ولهذا لا بدَّ أن لا تقبل هذه الكلمة من أوَّل الوهلة للدلالة على أنَّها منطوق، وأياماً كان فإنَّ اللفظ صالح لإنشاء العقد، وهذا ما نصَّت عليه المادة الثالثة من قانون بيع البضائع الصادر في ١٨٩٣[2]، من أنَّه «يتم عقد البيع. . . بالكتابة (رسمية كانت أو عرفية) أو اللفظ، أو الإثنين معاً، ويجوز أن يتم ذلك ضمناً من سلوك الطرفين»، حيث أعطت الحق للعاقدين أن يعبرا عن إرادتهما بالكتابة أو باللفظ، أو بالإثنين بأن يكتب أحدهما الإيجاب، ويكون القبول باللفظ، أو بالعكس، أو أن يكتب الموجب بعض شروط عقده ويتلفظ بالباقي، كما أنَّ التعبير عنها قد يكون مباشرة، وقد يكون بواسطةٍ[3].

ولا بدَّ هنا أن نشير إلى أنَّ القانون الإنجليزي لا يعرف مبدأ الرضائية ـ كما هو

---

(١) وهذا بعكس اللغة العربية التي ثرية بألفاظها، ودقيقة في تحديد مراميها. حيث فرَّقت بين اللفظ الخاص بالمنطوق باللسان، والكتابة الخاصة بما يجري به القلم.

انظر: القاموس المحيط مادة: (كتب) (١/١٢٥)؛ ومادة (لفظ) (٢/٤١٣).

وقد أثبت الأستاذ الدكتور عبد الهادي العطافي في بحثه: صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي، والتقنين المدني السوداني فقر اللغة الإنجليزية، والفرنسية في الاستجابة لمتطلبات مقتضيات القانون. يراجع: بحثه المذكور المنشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول ١٩٧٤، وبحثه بعنوان: ماهية الحق في القانون الخاص، نقد نظرية ديجي في إنكار الحق، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣٤ بند ٦٦ ص ٥٩.

(٢) يعتمد القانون (Common Law) على السوابق القضائية دون التشريع لكن يوجد في هذا الموضوع قانون بيع البضائع الذي نجد فيه ثلاث مواد تتعلق بالتعبير.

(٣) يراجع في تفصيل هذه المسألة: شيتي، المصدر السابق ص (٧ بند ١٠ وما بعده)؛ ووليستون، المصدر السابق بند (٤ وما بعده)؛ وولسون، المصدر السابق ص (١٣. . .)؛ و (.George k Gardner) مبادىء قانون العقد، مقال منشور في مجلة هارفارد الأمريكية سنة ١٩٣٢ ص (٤)؛ و (G. H. Treitel) المصدر السابق، ط. ١٩٧٩ ص (٧)؛ و د. عبد الهادي العطافي، بحثه السابق ص (١٥ ـ ١٨)؛ و د. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية ص (٤٣٩)؛ والعناصر المكونة للعقد ص (٦٧).

معروف في النظام اللاتيني ـ فلا تزال أقوال القاضي لورد (Per Skynner) هي المعبرة عن روح هذا القانون. في أنَّ «العقود تنقسم إلى اتفاقات رسمية، واتفاقات شفهية، ولا توجد طائفة ثالثة، وأنَّ العقود الشفهية تحتاج إلى إثبات المقابل»[١]، وقد ذكر الفقه أنَّ العرض مقبول سواء كان صريحاً أو ضمنياً، وسواء كان موجهاً إلى شخص أو إلى أكثر لكن البحث عن العرض الضمني يأتي عندما لا يوجد عرض صريح[٢].

وقد فرَّق القانون الإنجليزي كقاعدة عامة بين نشأة الحقوق الشخصية، وانتقال الملكية، يقول شيتي: «إنَّ العقد يترتب عليه نشأة حقوق شخصية، ويجب تمييز ذلك عن انتقال حقوق الملكية»[٣] ومن هنا فقد يستطيع اللفظ إنشاء حقوق شخصية لكنه تبقى عملية الانتقال بحاجة إلى عمل آخر مثل العقود الخاصة التي تتعلق ببيع الأراضي والعقارات فهذه العقود لا تتم بمجرد اللفظ، بل لا بدَّ من أن تكون مكتوبة، ومختومة ومسجلة[٤]، وعلى الرغم من أنَّ العقود الرسمية هي الأقـدم تاريخياً إلَّا أنَّ العقود الشفهية (العقود البسيطة) هي الأكثر أهمية في الوقت الحاضر[٥]، وفي القضاء الإنجلو أمريكي قضايا كثيرة حكمت المحاكم لصالح اعتبار الكلام وحـده ودون أن يكتب يتم به انعقاد نذكر هنا بعضها، منها قضية (Coan V. Drsinger)[٦] التي تتلخص وقائعها في أنَّ المدَّعي عليه ناقش المدَّعي في ١٩٥٦/٩/٣٠ بخصوص شروط العقد بحضور شهود حيث كان قد عرض عليه أن يعمل مديراً مقيماً لمشروع تابع لشركة يرأسها المدَّعي عليه وذلك مقابل (٧٥) سبعين دولاراً في الأسبوع بالإضافة إلى مسكن كميزة عينية مكملة للأجر، ثمَّ تعزز هذا الاتفاق شفاهة في اليوم التالي في مكتب المدَّعي عليه، فتولى المدَّعي واجبات وظيفته في ١٩٥٦/١٠/١٢. وفي ١٩٥٦/١١/١٧ تلقي خطاباً من رئيس الشركة (المدَّعي عليه) بإنهاء العقد، ثمَّ أكَّده شفاهة في أول ديسمبر

---

(١) قضية:

Ronn V. hughes (1778) 7 T. R 350.

(٢) (G. H. Treitel) المصدر السابق ص (٧)؛ وولسون، المصدر السابق ص (١٥)؛ والمصادر السابقة.

(٣) شيتي، المصدر السابق بند (٨).

(٤) يراجع تفصيل ذلك في شيتي، المصدر السابق بند (١٧ ـ ٢٢).

(٥) وليستون، المصدر السابق بند (١٧).

(٦) قضية رقم: 595 .26 F. 2 D (1959) التي نظرتها محكمة استئناف ضاحية كولومبيا.

١٩٥٦ وعرض على المدَّعي أن يستمر في شغل المسكن حتى ١٩٥٧/١/١٥، وعند نظر الدعوى أنكر ـ أي رئيس الشركة ـ أنَّ هناك عقداً مكتوباً بينهما، ولكنه كان بينهما اتفاق شفهي، وأنَّ الاتفاق لم ينص على مدَّة محددة. . . فأقرت المحكمة بوجود العقد وإن كان قائماً على اتفاق شفهي، وسلامته وأثره حيث اعتمدت على قضية أخرى في سنة ١٩٢٨ قضت فيها المحكمة بأنَّه يجوز قانوناً الاتفاق شفاهة على عقد يستغرق تنفيذه ثلاث سنوات. . . . وأنَّ العقد في حد ذاته لا غبار عليه قانوناً. . . لكن أحد القضاة في محكمة الاستئناف قد عارض هذا الرأي بقوله: «إنَّ هذه القضية جوهرها عقد عمل شفهي وأقر الطرفان بوجوده، ويدَّعي المدعى عليه أنَّ من حقه إلغاء الاتفاق. . . وقد اعتمدت دفوع المدَّعي عليه ناحية الشكل وهي أنَّ قانون كاليفورنيا يقصر تطبيق العقود الشفهية في حدود مدى زمني لا يتجاوز العام»[١]، وفي قضية أخرى[٢] كانت المستأنفة قد اتفقت شفاهة في ١٩٤٢/١١/١٢ مع المدَّعي عليها وهي شركة للإعلانات على أن تقدم خدماتها في إعلانات بالراديو لصالح منتجات الشركة لمدة أقلها ٢٦ أسبوعاً تبدأ من ١٩٤٢/١٢/٢٧ ولا تتجاوز الخدمة خمس سنوات وذكرت المدعية أنها كانت دائماً على استعداد لتقديم خدماتها ولكن الشركة هي التي رفضت القيام بالتزاماتها، فطالبت بتعويض قدره (٤٨٧,٥٠٠) دولار، ودفعت الشركة بأنَّ الاتفاق على أساس العقود الشفهية يعتبر غير سار إذا لم يجر الوفاء بها خلال عام من الاتفاق وذلك بموجب قوانين كاليفورنيا. . . وأشارت المحكمة في هذه المسألة إلى كتاب وليستون في العقود بند ـ ٤٩٨ جـ ٢ ـ حيث يؤكد الكتاب على أنَّ العقد شريعة المتعاقدين. . . كما أشارت المحكمة إلى سوابق قضائية تعزز الحكم بقيام العقد طالما ليس هناك ما يحول دون تنفيذه، ومن ثمَّة حكمت بوجود الاتفاق وإنشاء العقد على الاتفاق الشفهي، واحتساب فترة السنة من الفترات المجزءة في الاتفاق[٣].

الهاتف، والمذياع، ونحوهما

إذا عبَّر العاقد عن رضاه بالعقد باللفظ من خلال الهاتف (التليفون) فلا شك أنَّه يقبل كما لو عبر بحضور العاقد الآخر بالكلام لكنه يختلف عنه في أنَّ الكلام بالهاتف

---

(١) من حيثيات القضية السابقة.

(٢) قضية

(Hopperv Lennen V. Mitchell, Inc (1944) 364 F 2 D 364).

التي نظرتها الدائرة الاستئنافية التاسعة بكاليفورنيا.

(٣) حيثيات القضية السابقة.

يحتمل التزوير والتقليد، ومن هنا إذا ثار النزاع حوله فالقضاء هو الفيصل ويكون المتعاقدان به كالمتعاقدين باللفظ في أنهما في مجلس واحد، لأنَّ كل واحد منهما يسمع الآخر، وكذلك الأمر بالنسبة للراديو والتليفزيون ونحوهما كأن يوجه أحد عرضه من خلال الراديو والتليفزيون للجمهور، أو شخص معين، فلا يختلف ذلك عن الكلام بين حاضرين غير أنَّه يجب أن لا يغيب عن البال أنَّ احتمال التقليد واستعمال الخدع الفنية في هذه الوسائل أكثر، ولذلك تقبل الدعوى فيما ادَّعى أحدهما أنَّ الصوت لم يكن للمذكور اسمه في الراديو مثلاً، وهكذا، فيحتاج مدَّعي التقليد والخدعة إلى الإثبات[1].

المبحث الثاني
دلالة البذل على الرضا

تمهيد:

يقصد بالبذل لغة: السماح بالشيء، وإباحته، وإعطاؤه فيقال: بذله بذلاً أي سمح به، وأعطاه، وجاد به، وأباحه عن طيب النفس[2]، فعلى هذا فالمراد بالبذل هنا عرض المعقود عليه ـ ثمناً كان أو مثمناً ـ ودفعه لآخر فيأخذه من غير لفظ ولا كتابة ولا إشارة، أو كان اللفظ من أحدهما والأخذ أو الإعطاء من الآخر.

وقد عدلنا عن العنوان التقليدي وهو «الفعل»، لأنه عام يشمل جميع الدلالات كالإشارة والكتابة، بل حتى يشمل الكلام باعتباره من فعل اللسان، فلو وضع هذا العنوان ـ أي الفعل ـ لاشتمل على كل هذه الدلالات، ولما يبقى حينئذ مجال لوضع «الإشارة»، و«الكتابة» في مباحث مستقلة[3].

---

(١) المصادر السابقة. وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني عند الكلام عن التعاقد بين الغائبين.

(٢) القاموس المحيط (٣٤٤/٣)؛ والمصباح المنير (٤٧/١). قال ابن منظور في لسان العرب ص (٢٣٨): «وكل من طابت نفسه بإعطاء شيء فهو باذل له».

(٣) الفعل لغة الحدث. قال الفيروزآبادي في القاموس المحيط (٢١/٣): «الفعل حركة الإنسان»، أي خلاف السكون. وراجع: لسان العرب لابن منظور ص (٣٤٣٨).

هذا وقد كان بالإمكان وضع هذا العنوان «الفعل كدليل على الرضا» إلا أن كثرة ما أثير حول الإشارة والكتابة من خلاف، وما يترتب عليهما من أحكام جعلتهما بحاجة إلى وضعهما في مبحثين مستقلين.

وقد عدلنا أيضاً عن لفظ «المعاطاة» الذي اشتهر بين الفقهاء حيث كانوا يعنونون لهذه المسألة ببيع المعاطاة، أو التعاطي لثلاثة أسباب:

أولها: أن لفظ «المعاطاة» يدل لغة على الأخذ والعطاء من الطرفين وذلك بوضع الثمن، وأخذ المثمن(١). فعلى هذا لا تكفي المعاطاة لانعقاد العقد إلا بعد إتمام عملية القبض من الطرفين مع أنه لا يشترط ذلك في تحقق العقد عند الرأي الراجح لدى أكثر القائلين بانعقاد العقد بالمعاطاة قال ابن الهمام: «واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي، أو أحدهما كاف؟ والصحيح الثاني. ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم الثمن والمبيع، ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر»(٢).

الثاني: أن كلامنا في دلالة البذل مطلقاً على الرضا سواء كان من طرف واحد، بأن كان الفعل من جانب والقول من الجانب الآخر، أي بأن يكون الإيجاب بالفعل - وهو الإعطاء - والقبول من الآخر باللفظ، أو بالعكس وقد ذكر النووي من صور الخلاف هذه المسألة قائلاً: «أن يعطيه درهماً أو غيره، ويأخذ منه شيئاً في مقابله ولا يوجد لفظ، أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر فإذا ظهر والقرينة وجود الرضا من الجانبين حصلت المعاطاة وجرى فيها الخلاف»(٣)، في حين أن المعاطاة لا تشمل كل هذه الحالات إذا وقفنا عند معناها الحقيقي(٤) مع أن الفقهاء المسلمين ذكروا من صورها ما يكون أحد شقى العقد لفظاً والآخر فعلاً(٥).

---

(١) المعاطاة مصدر: عاطى الذي يدل على مشاركة اثنين - أو أكثر - في الفعل نفسه، والتعاطي كذلك يدل على المشاركة في العطاء أيضاً. قال الفيروزآبادي: «التعاطي: التناول، . . . وعاطى الصبي أهله. . . ناولهم ما أرادوا. . .» وذكر أيضاً: أن المعاطاة هي المناولة» وذكر في فصل المناولة أنها الأخذ من الطرفين. انظر: القاموس المحيط (٦٢/٤، ٣٦٦)، مادتي: «نول»، و «العطو».

(٢) فتح القدير (٧٧/٥)، وهكذا الأمر عند المالكية. انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي (٦/٥).

(٣) المجموع (١٦٣/٩).

(٤) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٢٩٢/٥): «وفي القاموس: التعاطي التناول وهكذا في الصحاح، والمصباح وهو إنما يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب».
وراجع: القاموس المحيط (٣٦٦/٤)؛ وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٦/٥).

(٥) قال الزركشي في المنثور في القواعد (١٨٥/٣): «المعاطاة: أن يوجد في أحد شقيّ العقد لفظ =

الثالث: أن معنى الإعطاء ـ وكذلك المعاطاة بين الاثنين ـ هو دفع الشيء ليأخذه الثاني بالفعل[1]، فلا يشمل وضع الشيء بين يديه دون الأخذ في حين أن ذلك داخل أيضاً في عقود المعاطاة ويجري الخلاف فيها، قال العلامة المقري الفيومي: «عطا زيد درهماً تناوله... فإن قيل: قولهم ـ أي الفقهاء ـ في الحالف: «والوضع بين يديه إعطاء» مخالف للوضع اللغوي، والعرفي، أما اللغوي فلأنه ليس فيه أخذ وتناول...»[2].

وأما لفظ البذل فهو لا يدل على ضرورة تحقق الأخذ والتناول بل هو شامل لكل هذه الحالات، لأن معناه العرض والسماح به سواء كان أعطى المعقود عليه بالفعل، أم تعاطاه اثنان، أو وضع أحدهما بضاعته أمام صاحبه فقام الآخر بوضع ثمنه أمام الأول.

وهذه الأسباب جميعها جعلتنا نعتقد بأن العنوان المناسب لموضوعنا هو «البذل» ونحن نبحث هنا مدى دلالته على الرضا في الفقه الإسلامي والقانون في مطلبين:

المطلب الأول
دلالة البذل على الرضا في الفقه الإسلامي

إن نظرة الفقهاء المسلمين إلى البذل كدليل على الرضا ليست سواء، ولا على سنن واحد، فمنهم لم يعتبره كافياً في هذه الدلالة، ولا قاصراً على إنشاء العقد، إذ أن دلالته تختلف عن دلالة اللفظ الذي يفهم منه المعنى مباشرة، فاحتمال دلالته على عدم نية الإنشاء أكثر، من دلالته على وجودها، إذن فلا يبلغ من القوة إلى أن يجعل سبباً لإنشاء العقود، وحل أموال الناس في حين أن بعضاً آخر نظر إلى أن البذل صالح لهذه

= من أحد المتعاقدين، ويشفعه الآخر بالفعل، أو لا يوجد لفظ أصلاً، ولكن يصدر الفعل بعد اتفاقهما على الثمن والمثمن» غير أن بعض الحنفية صرحوا بأن المعاطاة لا تشمل عقداً تم أحد شقيه باللفظ والآخر بالفعل، قال ابن عابدين في حاشيته على الدر (٤/١٣): «قوله: (من غير لفظ) يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال: بعتكه بألف فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً كان قبضه قبوله وليس من بيع التعاطي خلافاً لمن جعله منه، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب ـ أي باللفظ ـ بل قبض بعد معرفة الثمن» وأما المالكية فيجعلون هذه الصورة من المعاطاة كالشافعية.

انظر: مواهب الجليل (٤/٢٢٩). وكذلك الأمر عند الحنابلة. كشاف القناع (٣/١٤٨).

(١) انظر القاموس المحيط (٤/٣٦٦).

(٢) المصباح المنير (٢/٦٦).

الدلالة، وأنه إذا كان فيه نوع من الاحتمال لغير الإنشاء، فإن القرائن التي تحيط به تبعد هذا الاحتمال، فعلى هذا فالبذل كالقول إن لم يكن هناك مانع من دلالته على الرضا، وأمام هاتين النظرتين نظرة ثالثة متوسطة أخذت بنظر اعتبارها خطورة التوسع في دلالة البذل على الرضا وفي إنشاء جميع العقود به، وصعوبة سد هذا الباب، فأجازته في الأمور الهينة، ولم تجزه في الأمور النفيسة المهمة ومن هنا فقد توفر في الفقه الإسلامي ثلاثة آراء فنذكرها مع أدلة كل فريق، ثم المناقشة والترجيح مع ملاحظة أن الفقهاء اتفقوا على أن العقود الشخصية كالنكاح والطلاق لا تنعقد بالإعطاء والمعاطاة البتة[1].

---

(١) وسبب هذا الاتفاق على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي هو خصوصية هذا العقد وخطورته في نظر الإسلام، واختلافه عن البيع في أمور كثيرة. وقد لخص القرافي في الفروق (١٤٤/٣) هذه الأسباب نذكرها لأهميتها قال القرافي: «. . . فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة كما قالوه في البيع، والفرق مبني على خمس قواعد:

القاعدة الأولى: أن الإشهاد شرط في النكاح إما مقارنة للعقد كما قال الشافعي، أو قبل الدخول كما قال مالك، وعلى التقديرين فلا بد من لفظ يشهد عليه أنه تزويج، لا زنى وسفاح، والبيع لما لم يكن الأشهاد فيه شرطاً جوزوا فيه المناولة.

القاعدة الثانية: إن قاعدة الشرع: إن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه وبالغ أبعاده إلا لسبب قوي تعظيماً لشأنه، ورفعاً لقدره. . . فالنكاح عظيم الخطر جليل المقدار، لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب، وسبب المودة والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح، فلذلك شدد الشرع فيه فاشترط الصداق، والشهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع.

القاعدة الثالثة: كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي، وإباحة المرأة حكم فله سبب يجب تلقيه من الشرع.

القاعدة الرابعة: الشرع قد ينصب خصوص الشيء سبباً كالزوال، ورؤية الهلال لوجوب الظهر. . . والنكاح عندنا من هذه القاعدة. . .

القاعدة الخامس: يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوى يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان. . . ولم يجز النكاح بكل لفظ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح، لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجوزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين، لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك بخلاف النساء، الأصل فيهن =

الرأي الأول: رأي المانعين من دلالة البذل على الرضا والقائلين بعدم صلاحيته لإنشاء العقد في قليل ولا كثير، في خسيس ولا نفيس، فهؤلاء هم الشافعية في المشهور عندهم[1]، والظاهرية[2] والإمامية في أحد أقوالهم[3]. يقول الشيرازي معبراً عن المذهب الشافعي: «ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع، لأن اسم البيع لا يقع عليه»[4]. غير أن الرافعي والنووي ذكرا بأن هذا الرأي هو المشهور في المذهب الشافعي[5]، غير أنه ثار خلاف داخل المذهب الشافعي فيما جرت به العادة من الأخذ والعطاء في بعض الأشياء على ثلاثة آراء أصحها عندهم: أنه حكم المقبوض ببيع فاسد فيطالب كل واحد منهما صاحبه بما دفعه إليه إن كان باقياً، أو بدله إن كان تالفاً.

والوجه الثاني: إن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها.

والوجه الثالث: هو أن العوضين يستردان، فإن تلفا فلا مطالبة لأحدهما، ويسقط عنهما الضمان، ويتراد منهما بالتراضي السابق، وقد ألزمه المتولي بأنه إن أقمنا التراضي مقام اللفظ في الإسقاط وجب أن نقيمه مقامه في انعقاد العقد. بل ذكر ابن أبي عصرون تفريعاً على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها في الدار الآخرة لوجود طيب النفس بها ووقوع الاختلاف فيها[6].

الرأي الثاني:

هو صلاحية البذل للدلالة على الرضا إيجاباً، أو قبولاً أو كليهما سواء كان المعقود عليه نفيساً أو خسيساً وهذا مذهب الحنفية ما عدا الكرخي[7]،

= التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح... ولعموم الحاجة للبيع...».

وراجع في هذا المعنى أيضاً: تهذيب الفروق بهامش الفروق (٣/١٨٠).

(١) المهذب (١/٢٥٧)؛ والمجموع (٩/١٦٢)؛ والغاية القصوى (١/٤٥٧)؛ ومختصر القواعد ص (٦٢).

(٢) المحلى لابن حزم (٩/٢٩٤).

(٣) شرائع الإسلام للحلي (٢/١٣)؛ والروضة البهية (٣/٢٢٢).

(٤) المهذب (١/٢٥٧).

(٥) المجموع (٩/١٦٢)؛ وفتح العزيز (٨/٩٩).

(٦) فتح العزيز (٨/١٠٠)؛ والمجموع (٩/١٦٥).

(٧) فتح القدير مع شرح العناية (٥/٧٧)؛ وبدائع الصنائع (٦/٢٩٨٥)؛ والبحر الرائق (٥/٢٩١)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر (٤/٥١٣)؛ والفتاوى الهندية (٣/٩)؛ ومجمع الأنهر (٢/٥)؛ ورمز الحقائق (٣/٥).

والمالكية[١]، والحنابلة[٢] ماعدا القاضي، واختاره جماعة من أصحاب الشافعي منهم صاحب الشامل، والبغوي، والروياني والنووي وغيرهم[٣].

غير أن الذي يظهر لي وجود فرق خفيف بين الحنفية ما عدا الكرخي والحنابلة من جانب، وبين المالكية وبعض أصحاب الشافعي من جانب آخر حيث إن الفريق الأول لم يقيد جواز انعقاد العقد بالمعاطاة بأي شيء فيكون الفعل كالقول، في حين أن الفريق الثاني قد قيده بما إذا جرى به العرف، فالمعيار عند الأول الفعل من حيث هو مع وجود القرينة، في حين أن المعيار لدى الثاني هو العرف. جاء في مجمع الأنهر: «وينعقد أيضاً بالتعاطي ـ لأن جوازه باعتبار الرضا وقد وجد، وحقيقته وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما في المجلس... ويكتفي بالإعطاء من الجانبين على الأصح ـ في النفيس كالعبيد والجواهر، والخسيس كاللحم ـ أي في زمنهم ـ والخبز...»[٤]. وذكر ابن نجيم: جواز انعقاد العقد بالتعاطي في النفيس والخسيس ـ وهو الصحيح[٥]؛ وقال الكاساني: «ورواية الجواز ـ أي جواز التعاطي ـ مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة، لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والعطاء»[٦] فهذه النصوص تدل على أن المعاطاة كالقول وأنها غير مقيدة بالخسيس أو بالعرف وهكذا الأمر عند الحنابلة يقول ابن قدامة: «والتعاطي قام مقامهما ـ أي الإيجاب والقبول باللفظ ـ وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه»[٧]. ويقول المرداوي: «الصحيح من المذهب صحة بيع المعاطاة مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب، وهو المعمول به في المذهب»[٨].

وأما المالكية ومن ذكرناهم من أصحاب الشافعية فقد قيدوا التعاطي بما يجري به العرف، جاء في فتح العلي المالك «مذهب السادة المالكية: أَن الإعطاء إن جرت

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣)؛ وشرح الخرشي (٥/٥)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٣)؛ والقوانين الفقهية ص (٢١١)؛ وفتح العلي المالك (٢/١٢٩).

(٢) المغنى لابن قدامة (٣/٥٦١)؛ والإنصاف (٤/٢٦٣)؛ وحاشية الروض المربع (٤/٣٣٠).

(٣) فتح العزيز (٨/٩٩)؛ والمجموع (٩/١٦٢ ـ ١٦٣).

(٤) مجمع الأنهر (٢/٥).

(٥) البحر الرائق (٥/٢٩١ ـ ٢٩٣).

(٦) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٥)

(٧) المغنى لابن قدامة (٣/٥٦٢).

(٨) الإنصاف (٤/٢٦٣).

العادة بعقد البيع به في الجليل والحقير انعقد به البيع فيهما وإن لم تجر العادة بذلك فيهما فلا ينعقد به، وإن جرت العادة بذلك في الحقير دون الجليل انعقد به في الأول دون الثاني، قال ابن عمار المالكي. . . : ينبغي للمالكي الوقوف عند هذا، فإن العادة ما جرت قط بالمعاطاة في الأملاك والجواري ونحوهما. . اهـ ـ ثم إن جرت العادة بعقد البيع بالإعطاء فإن حصل من الجانبين وهي المعاطاة انعقد البيع لازماً للعاقدين بحيث لا ينحل إلا بالإقالة وإن حصل من جانب فقط ومن الآخر الرضا بالبيع بغير الإعطاء انعقد غير لازم فلكل منهما حله»[1]، وكذلك الأمر عند من ذكرناهم من الشافعية، قال الرافعي: «والأشبه الرجوع فيه إلى العادة. . . ولهذا قال صاحب التتمة. . . ما جرت العادة فيه بالمعاطاة فهي بيع فيه، ومالا كالدواب والجواري والعقار فلا»[2]، قال النووي: «وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعاً صحيحة، وإن ما عده الناس بيعاً فهو بيع صاحب الشامل. . . »[3].

الرأي الثالث:

رأي المتوسطين القائلين بجواز انعقاد العقد بالتعاطي في المحقرات دون الأمور الغالية والنفيسة، وهذا رأي الكرخي من الحنفية[4] وابن سريج والغزالي من الشافعية[5] والقاضي أبي يعلى من الحنابلة[6] ورأي الهادوية من الزيدية[7]، وقد اختلفوا في معيار النفيس والخسيس فقال بعضهم: الخسيس هو ما دون نصاب السرقة، والنفيس ما فوقه، وقيل غيره، وقال الشعراني: «وضابط الخطير والحقير أن كل ما تحتاج الناس فيه إلى الترافع إلى الحكام فهو خطير، وكل ما لا يحتاجون إليه إلى ذلك فهو حقير»[8].

---

(١) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (٢/١٢٩).

(٢) فتح العزيز (٨/١٠٠-١٠٠).

(٣) المجموع (٩/١٦٢).

(٤) مجمع الأنهر (٢/٥)؛ والبحر الرائق (٥/٢٩١ ـ ٢٩٣)؛ والمصادر السابقة. ومن الغريب أن الأستاذ السنهوري (مصادر الحق ١/١٠٧) ذكر بأن: «التعاقد بالتعاطي احتل مكانه في المذهب الحنفي تدرجاً لا طفرة فقد كان يصح في الخسيس دون النفيس ثم أصبح يصح فيهما معاً». وهذا خلاف ما عليه المذهب الحنفي فالذي يقول بصحته فيهما هو الإمام محمد المتوفى (١٨٩ هـ) في حين أن الذي فرق بينهما هو الكرخي المتوفى (٣١٠ هـ).

(٥) فتح العزيز (٨/٩٩ ـ ١٠١)؛ والمجموع (٩/١٦٢)؛ وإحياء علوم الدين (٢/٦٩).

(٦) المغنى لابن قدامة (٣/٥٦١)؛ والإنصاف (٤/٢٦٣٩).

(٧) الروض النضير (٤/٤٢٦)؛ والبحر الزخار (٤/٢٩٩).

(٨) المصادر السابقة جميعها؛ والميزان الكبرى (٢/٧٢).

وقد يثور التساؤل حول نوعية الانعقاد بالبذل هل هو الانعقاد اللازم أم الجائز؟

لا خلاف بين القائلين بجواز إنشاء العقد بالمعاطاة في أنه إذا دفع شخص سلعته إلى آخر وكان قد علم بثمنها فدفعه ثمنها وأخذها فقد تم البيع وأصبح العقد لازماً لا يجوز لأحدهما الرجوع عنه إلا من خلال اتفاق آخر وهو ما يسمى بالإقالة(١)، وإنما الخلاف في أنه إذا دفع أحد العاقدين سلعته إلى آخر فأخذها لكنه لم يدفع ثمنه فهل يصح هذا العقد ويدخل في المعاطاة وإذا كان يصح فهل يصبح عقداً لازماً أم جائزاً؟ ويدخل في ذلك ما يسمى بيع الاستجرار وهو أن يأخذ شخص حاجته الاستهلاكية أو غيرها كل فترة ثم يحاسبه عليها ويدفع أثمانها بعد استهلاكها(٢).

فذهب رأي داخل المذهب الحنفي أن ذلك لا يصح ولا يسمى معاطاة قال ابن نجيم: «وحقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراضٍ منهما من غير لفظ، وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهي مفاعلة فتقتضي حصولها من الجانبين وعليه أكثر المشائخ كما ذكره الطرسوسي وأفتى به الحلواني. . . وصحح في فتح القدير(٣) أن إعطاء أحدهما كاف، ونص محمد على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن، واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع فلا يجوز، لأن المبيع أصل إلا إذا كان بيع مقايضة. . .»(٤).

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٥١٦/٤)؛ وأعلام الموقعين (٥/٤)؛ وشرح الخرشي (٦/٥)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣).

فبيع الاستجرار جائز عند الحنفية والمالكية، والحنابلة. ولم يجوزه الشافعية قال النووي: «فأما إذا أخذ منه شيئاً ولم يعطه شيئاً ولم يتلفظا ببيع بل نويا أخذه بثمنه المعتاد كما يفعله كثير من الناس فهذا باطل بلا خلاف، لأنه ليس ببيع لفظي، ولا معاطاة ولا يعد بيعاً فهو باطل، ولنعلم هذا ولنحترز منه ولا نغتر بكثرة من يفعله، فإن كثيراً من الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة، ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض. وهذا باطل بلا خلاف لما ذكرناه».

وقوله: «بلا خلاف» أي بين الشافعية. وجاء في نهاية المحتاج (٣٧٥/٣): «أما الاستجرار من بياع فباطل اتفاقاً أي حيث لم يقدر الثمن كل مرة على أن الغزالي سامح فيه أيضاً بناءً على جواز المعاطاة». وراجع إحياء علوم الدين للغزالي (٦٨/٢ ـ ٦٩).

(٣) فتح القدير (٧٧/٥).

(٤) البحر الرائق (٢٩١/٥ ـ ٢٩٢).

وذهب المالكية والحنابلة ورأي داخل المذهب الحنفي إلى أن العقد ينعقد بما سبق ثم إن هؤلاء اختلفوا فذهب الحنفية في الرأي الراجح لدى محققيهم[1] إلى أن العقد لازم قال ابن نجيم: «وصَوَّره ـ أي التعاطي ـ محمد في موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض بأنه يكتفي به. . . وصورتُه من أحدهما: أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب به برضا صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع الثمن المشترى للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع فإن البيع لازم على الصحيح حتى لو امتنع أحدهما أجبره القاضي، وهذا فيما ثمنه غير معلوم، أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن»[2]. كما ذهبوا إلى صحة الاستجرار استحساناً لكنهم اختلفوا في تكييفه، فجعله بعضهم من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها دفعاً للحرج، وآخرون جعلوه من بيع المعاطاة، ورأي ثالث إلى أنه من باب قرض الأعيان فيكون الضمان بالثمن استحساناً[3]، وكذلك الأمر عند الحنابلة بل توسع ابن تيمية وابن القيم في دلالة البذل على الرضا وانعقاد العقد به سواء كان معاطاة أو استجراراً[4].

(١) فتح القدير (٥/٧٧)؛ والبحر الرائق (٥/٢٩٢)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر (٤/٥١٥) والفتاوى الهندية (٣/٩) وغيرها؛.

(٢) فتح القدير (٥/٧٧).

(٣) البحر الرائق (٥/٢٩٢).

(٤) قال ابن القيم في أعلام الموقعين (٤/٥ ـ ٦): «اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد، وصورتها: البيع ممن يعامله من خباز، أو لحام، أو سمان، أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند رأس الشهر، أو السنة على الجميع فيعطيه ثمنه، فمنعه الأكثرون وجعلوا القبض به غير ناقل للملك وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب، لأنه مقبوض بعقد فاسد» ثم انتقد ابن القيم هؤلاء المتشددين وذكر بأن فعلهم يخالف قولهم فقال: «وكلهم إلا من شدد على نفسه يفعل ذلك، ولا يجد منه بداً وهو يفتي ببطلانه، وأنه باق على ملك البائع ولا يمكنه التخلص من ذلك إلا بمساومته له عند كل حاجة يأخذها قل ثمنها أو كثر، وإن كان ممن شرط الإيجاب والقبول لفظاً فلا بد من المساومة أن يقرن بها الإيجاب والقبول لفظاً ـ هذا هو القول الأول.

والقول الثاني: وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر ـ جواز البيع بما ينقطع به السعر وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا ـ أي ابن تيمية ـ وسمعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري قال: والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه، وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح يحرمه» ثم ذكر أن تقدير المبيع لا بد أن يكون بسعره يوم العقد والأخذ أي بثمن المثل من يوم الأخذ الذي تم به العقد.

وذهب المالكية إلى أن العقد صحيح منعقد لكنه غير لازم جاء في شرح الخرشي: «والمعاطاة المحضة العارية عن القول من الجانبين لا بد فيها من حضور الثمن والمثمن أي قبضهما، وإلا فهو غير لازم فمن أخذ ما علم ثمنه لا يلزم البيع إلا بدفع الثمن، وكذلك من دفع ثمن رغيف مثلاً لشخص فإنه لا يلزم البيع حتى يقبض الرغيف وأما أصل وجود العقد فلا يتوقف على قبض شيء من ذلك، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن فقد وجد بذلك أصل العقد»[1].

الأدلة والمناقشة والترجيح:

استدل المانعون من صحة التعاقد بالبذل والتعاطي واقتصارهم على اللفظ بما يأتي:

أولاً: إن الفعل ليس له دلالة من حيث الوضع على الرضا الباطن، كما أن قصود الناس فيه تختلف، إذن لا يصلح البذل أن يكون دليلاً على الرضا فيكون دليله محصوراً في اللفظ[2].

ثانياً: إن البيع اسم للإيجاب والقبول ولم يجر ولم يطلق اسم البيع على مجرد فعل بتسليم وتسلم[3].

ثالثاً: إن نقل الملكية ونحوها ليس من الأمر الهين بل يترتب عليه الحل والحرمة، وذلك لا يثبت بدليل فيه احتمال للإنشاء وغيره، ولذلك لا يصلح الفعل دليلاً على الرضا وتعبيراً عنه.

رابعاً: إن البذل ـ الإعطاء والمعاطاة ـ قد يكون للبيع، وقد يكون للإجارة، أو للرهن بل قد يدعي الشخص أنه لم يرد به العقد مطلقاً إذن فلا يصلح للتمييز بين العقود لكونه جنساً شاملاً للجميع مع أن لكل عقد آثاراً خاصة ولهذا لا بدّ أن يحكم بعدم إتمام العقد إلا بالقول الدال على تحديد كل عقد بعينه، وإلا لأدى ذلك إلى التنازع[4] وعدم معرفة الرضا الكامل الذي أناط الله به الحل.

خامساً: استدل ابن حزم الظاهري على وجوب اللفظ بل على تعيين لفظ البيع أو

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٦)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣).

(٢) فتح العزيز (٨/٩٩).

(٣) إحياء علوم الدين (٢/٦٩).

(٤) المصدر السابق نفسه.

الشراء، أو التجارة بأن الأسماء كلها توقيف، ولا سيما أسماء أحكام الشريعة التي لا يجوز فيها الإحداث[١].

سادساً: إن المعاطاة تشبه المنابذة التي حرمها الإسلام.

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بأن الدليل الأول غير مسلم، ولو سلم لا يلزم منه منعه من الدلالة على الرضا بالعقد إذا صاحبته القرائن أو جرى في العرف إنشاء العقد به، وذلك لأن العرف محكم في مثل هذه الأمور، وأيضاً أن اللفظ الكنائي الذي قال الشافعية بصلاحيته لإنشاء العقد ليس موضوعاً من حيث اللغة للدلالة على هذا الإنشاء مع أنهم قالوا بإتمام العقد به[٢].

وأما الدليل الثاني فمخالف لما عليه أهل اللغة، ولم يرد في الشرع دليل معتبر في نقله من معناه اللغوي إلى هذا المعنى، وذلك لأن «البيع» لغة مبادلة المال بالمال[٣]، وشرعاً هو هذا المعنى نفسه مع زيادة لفظ «تراض» حيث قال بعضهم إن هذا اللفظ أيضاً من حقيقته اللغوية[٤]. ثم إنه ليس هناك دليل على تخصيص الإيجاب والقبول باللفظ حتى قال النووي ـ وهو من محققي الشافعية ومن الحفاظ المحدثين ـ: «وهو ـ أي جواز المعاطاة ـ هو المختار، لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف، فكلٌّ ما عده الناس بيعاً كان بيعاً»[٥].

وأما الجواب عن الدليل الثالث فهو أن مناط الحل في العقود هو التراضي وحرمته عدمه، فالرضا هو الأصل فإذا تحقق سواء كان باللفظ أم بالفعل فقد ثبت الحل وإلا فلا، وليس هناك أي دليل على تقييد الحل والحرمة باللفظ، بل قد يتحقق لفظ البيع تحت ظروف الإكراه أو الخطأ أو النسيان أو الهزل مع أن البيع لا يصح ولا يحل به المال، فإذا ثبت الرضا بالقرائن الدالة عليه فأي مانع من ذلك، وأما أن الفعل يحتمل غير الإنشاء فهذا يتلاشى مع وجود القرائن والعرف.

وأما الجواب عن الدليل الرابع فهو أن ما ذكر لا يدل على المقصود، إذ يمكن تمييز المراد بالفعل من خلال القرائن المحيطة به، أو عن طريق دلالة العرف السائد،

---

(١) المحلى (٩/٢٩٤).

(٢) يراجع ص (٨٦٩) من هذه الرسالة.

(٣) القاموس المحيط (٣/٨)؛ والمصباح المنير (١/٧٧)؛ ولسان العرب، مادة (بيع).

(٤) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/٣)؛ والبحر الرائق (٥/٢٧٧).

(٥) المجموع (٩/١٦٣).

كما أن الثمن له دور بارز في كونه ثمناً للمبيع. أو للإجارة أو غيرهما[1].

وأما الجواب عن الدليل الخامس فهو أن ما قاله غير مسلم بالنسبة للعقود والمعاملات التي هي مبنية على العرف، والقرائن، وليس عنده دليل محدد على اشتراط لفظ خاص بعينه ـ دون الفعل ـ في إنشاء العقد، كما أن ما قاله نابع عن روح مذهبه الظاهري والوقوف عند الظاهر دون الخوض في علل الشريعة ومقاصدها ولهذا رفض الفقهاء الاعتراف بآراء الظاهرية إذا خالفت جميع الفقهاء[2].

وأما قياس المعاطاة على المنابذة فمع الفارق، إذ ليس في المنابذة نظر ولا تراضي بل يجعل نبذ الثوب على المبيع بيعاً، بخلاف المعاطاة.

واستدل القائلون بإنشاء العقد بالبذل والمعاطاة مطلقاً بما يأتي:

أولاً: الكتاب[3] والسنّة[4] على أن مبني صحة العقود على الرضا غير أنه لخفائه جعل اللفظ عليه دليلاً، فلا مانع إذن أن يكون الفعل عليه علامة ودليلاً، فإذا كان المناط هو الرضا فلا ينبغي أن يحصر دليله في اللفظ، إذ للفعل إليه سبيل ولا سيما إذا أحيط بالقرائن[5].

ثانياً: لم يثبت في شيء من الأحاديث اشتراط اللفظ في الإيجاب والقبول، كما أن السلف كانوا ينشئون عقودهم بالمعاطاة دون اعتراض أحد عليهم قال الحافظ النووي: «... إن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف... وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع من النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم

---

(١) وذلك لأن كمية العرضين وكيفيتهما وما يحيط بالتسليم من ظروف وقرائن تعين على فهم المقصود بوضوح دون لبس أو غموض فدفع (١٥٠) جنيهاً ـ مثلاً لإيجار منزل دليل قطعي على أنـه لا يمكن أن يحمل على البيع، ووقوف سيارات الأجرة ودفع مبلغ قليل لا يحمل إلا على التأجير دون الشراء، أما إذا دفعت عشرين قرشاً لكوب من العصير فلا يحمل إلا على الشراء وهكذا.
وراجع: د. السيد نشأت الدريني، رسالته السابقة ص (١٠٣).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: فتاوى ابن الصلاح، ط. الحضارة العربية بالقاهرة، بتحقيق الدكتور عبد المعطي قلعجي ص (٦٧ ـ ٦٩).

(٣) مثل قوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الذينَ آمنوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكم بَيْنَكم بالباطل إلاَّ أَنْ تَكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم﴾. (سورة النساء/ ٢٩).

(٤) مثل قوله ﷺ: «إنما البيع عن تراضٍ».

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٥٦٢/٣): «ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه».

في زمنه وبعده ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول»[1]. ويقول ابن قدامة: «. . . ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوما عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بياناً عاماً ولم يخف حكمه، لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة فيما علمناه، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا فكان ذلك إجماعاً»[2].

ثالثاً: ثبوت أحاديث صحيحة في أن النبي ﷺ لم يستعمل الإيجاب والقبول باللفظ في بعض العقود، حيث ثبت أنه أهدى إليه ﷺ هدايا ولم ينقل أحد أنه قال: قبلت باللفظ فقد روى البخاري وغيرهم بسندهم عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام سأل عنه: أهدية أم صدقة؟ فإن قيل: صدقة قال لأصحابه: كلوا، ولم يأكل. وإن قيل: هدية ضرب بيده وأكل معهم»[3]. قال ابن قدامة: «وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه. . وفي أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول، وليس إلا المعاطاة»[4]، بل إن الشافعية أنفسهم لم يشترطوا لفظ القبول في الهدية[5].

رابعاً: إن فرض الصيغ والألفاظ في العقود يؤدي إلى حرج وعسر وهما مرفوعان عن هذه الأمة بنص القرآن[6]. قال ابن قدامة: «ولو كان الإيجاب والقبول ـ أي

---

(١) المجموع (٩/١٦٣).

(٢) المغني لابن قدامة (٣/٥٦٢).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٠٣). قال النووي: «وعلى ذلك جرى الناس في الأعصار، ولذلك كانوا يبعثون بها ـ أي بالهدايا ـ على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم». وقال الحافظ ابن حجر: «والأحاديث في ذلك مشهورة». انظر: الروضة للنووي (٥/٣٦٥ ـ ٣٦٦) وتلخيص الحبير (٣/٧٠) ويراجع السنن الكبرى للبيهقي (٦/١٨٤ ـ ١٨٥).

(٤) المغني لابن قدامة (٣/٥٤٢).

(٥) الغاية القصوى للبيضاوي (٢/٦٥٢)؛ والروضة (٥/٣٦٥).

(٦) قال الله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللهُ بِكُم اليُسْرَ ولا يُرِيدُ بِكم العُسْرَ ﴾. (سورة البقرة/ ١٨٥). =

باللفظ ـ شرطاً في هذه العقود لشق ذلك، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة»[1].

خامساً: إن البيع ـ كما يقول الكاساني ـ في اللغة والشرع اسم للمبادلة وأن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿ أُولَئِكَ الذينَ ٱشْتَرُوا الضَلالَة بالهُدى فَمَا رَبِحَتْ تِجَارتُهم وما كانوا مُهْتَدِين ﴾[2]، حيث أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع[3]. وقوله تعالى: ﴿ إنَّ اللهَ إشْتَرَى مِنَ المُؤمِنِينَ أَنْفُسَهُم وأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الجَنَة ﴾[4]، سمي سبحانه مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله اشتراءً وبيعاً، وقوله تعالى: ﴿ فَٱسْتَبْشِرُوا بِبَيعِكُم ٱلذِي بَـايَعْتُم بِه ﴾[5]، حيث سمي ذلك بيعاً دون أن يكون قد استعمل فيه لفظ البيع، بل قيام عملية التضحية من المؤمنين، ومقابلها الجنة يتمان العقد[6].

وهذه الأدلة من الوضوح في دلالتها على المقصود ما لا يحتمل المناقشة.

واستدل القائلون بصحة المعاطاة في الخسيس دون النفيس بأن فتح باب المعاطاة على مصراعيه يؤدي إلى نقل الملك بغير لفظ وهذا لا يجوز إلا للضرورة وهي تقدر بقدرها وفي سد بابها حرج كبير على الناس ولذلك أجيز في المحقرات دون النفائس، كما أن الضرورة في الأمور المحقرات التي يكثر تبايعها كالخبز واللحم والخضر ونحوها مما جرت به العادة من قديم الأعصار بالاكتفاء فيها بالتعاطي دون النفائس كالعقار والجواهر والمعادن النفيسة[7]، قال الغزالي: «وهو ـ أي القول بالتعاطي في المحقرات دون النفائس ـ أقرب الاحتمالات إلى الاعتدال فلا بأس لو ملنا إليه لمسيس الحاجات، ولعموم ذلك بين الخلق، ولما يغلب على الظن بأن ذلك كان معتاداً في الأعصار الأول»[8].

= وقال تعالى: ﴿ وما جَعَل عَلَيْكُم في الدينِ مِن حَرَجٍ ﴾ (سورة الحج /٧٨).

(١) المغني (٥٦٢/٣).

(٢) سورة البقرة: الآية ١٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني (٢٩٨٥/٦).

(٤) سورة التوبة: الآيـة ١١١.

(٥) سورة التوبة: الآيـة ١١١.

(٦) بدائع الصنائع (٢٩٨٥/٦).

(٧) إحياء علوم الدين (٦٩/٢).

(٨) المصدر السابق (٦٩/٢).

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بأن المعيار المميز للحقير والعظيم والخسيس والنفيس عسر لا يمكن ضبطه إذ قد تختلف فيه الأنظار فيقع التنازع.

وقد أجيب عن ذلك بأن هذا التحديد واضح حيث يمكن ضبطه من خلال الأدنى والأعلى فيها. قال الغزالي: «أما الضبط في الفصل بين المحقرات وغيرها فليس علينا تكلفه بالتقدير، فإن ذلك غير ممكن بل له طرفان واضحان إذ لا يخفي أن شراء البقل، وقليل من الفواكه والخبز واللحم من المعدود من المحقرات التي لا يعتاد فيها إلا المعاطاة، وطالب الإيجاب والقبول فيه يعد مستقصياً ويستبرد تكليفه لذلك ويستثقل، وينسب إلى أنه يقيم الوزن لأمر حقير ولا وجه له فهذا طرف الحقارة. والطرف الثاني: الدواب والعبيد والعقارات والثياب النفيسة فذلك مما لا يستبعد تكلف الإيجاب والقبول. وبينهما أوساط متشابهة يشك فيها هي في محل الشبهة»[1].

وأنت ترى معي أن مبني هذا الجواب على العرف والعادة، إذن لا يبقى لهم تخصيص هذا العرف بالحقير دون النفيس، بل إطلاقه في كل ما اعتاده الناس سواء كان نفيساً أو خسيساً. ومن جهة أخرى إما أن نقول: إن الفعل صالح لإنشاء العقد أم لا فإذا قلنا بصلاحيته في الحقير فلا بدّ أن نقول بصلاحيته في الكثير، إذ لا فرق في الشريعة الغراء من حيث الحل والحرمة بينهما، فدعوى التفرقة تحكم بدون دليل، فإن قالوا: الدليل هو العرف، قلنا: نسلم لكنه لا ينبغي تقييد العرف ما دام قد جرى به وشاع فيه.

وبهذا العرض تبين لنا رجحان أدلة القائلين بصلاحية البذل ـ إعطاء أو معاطاة ـ للدلالة على الرضا مطلقاً، وجدارته في إنشاء العقد به، كما ظهر لنا ضعف أدلة المانعين، وعدم وقوفها أمام النقد والمناقشة، وضعف مسلك المتوسطين الذين لم يستطيعوا لنا أن يثبتوا سبباً مقنعاً لهذه التفرقة إلا العرف وهو في غير صالح دعواهم، فلم يستطع كلا الطرفين أن يبرهنا على دعواهما بدليل يعتمد عليه من كتاب أو سنّة.

وإذا كنا نحن نرجح المجيزين لدلالة البذل على الرضا وإنشاء العقد فإننا نقول: إن الحاكم عليه هو العرف ـ كما هو الحال في اللفظ ـ وإن لم يكن هناك عرف جار فيه فلا بدّ من وجود قرائن وظروف تخلع عليه الدلالة على إنشاء العقد المخصوص، فنحن نرى أن القاعدة التي رفع لواءها الإمام مالك ـ وهي «كل ما عده الناس بيعاً» أصلح

---

(١) الإحياء (٢/٦٩).

ضابطة يمكن إعمالها في العقود وهذه القاعدة هي ما أيدها الحنابلة[١] وبعض الأحناف[٢] والشافعية[٣] وغيرهم. قال العلامة الصاوي: «إن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً»[٤]. وقال ابن قدامة: «إن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيْفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم، وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً، وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم»[٥]. ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «إن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول، أو فعل، وبكل ما عده الناس بيعاً، أو إجارة، فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستقر لا في شرع، ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوعت لغاتهم»[٦]. قال الحافظ الفقيه النووي: «إن الله أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً»[٧]. قال السيوطي: «قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»[٨].

المطلب الثاني

دلالة البذل على الرضا في القانون

نقصد بالبذل هنا عرض البضاعة على الواحد أو الجمهور وأي سلوك أو فعل، آخر يفهم منه رضاؤه بالعرض والرضا.

لقد فرضت الشكلية السائدة في القانون الروماني أن يكون لكل عقد ألفاظ خاصة لا ينعقد إلا بها[٩].

(١) المغني لابن قدامة (٥٦١/٣).

(٢) الفتاوى الهندية (٩/٣)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر (٥١٦/٤).

(٣) المجموع (١٦٣/٩).

(٤) بلغة السالك (٣٤٤/٢).

(٥) المغني (٥٦٢/٣).

(٦) القواعد النورانية ص (١٠٥).

(٧) المجموع (١٦٣/٩).

(٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٠٩).

(٩) د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، ص (١٢٥)، حيث يقول: «على أن =

وأما التشريعات الحديثة فتعتد بكل فعل، أو سلوك يدل على الرضا بالمقصود إلا ما يقضي به القانون في بعض الأحيان ولأسباب خاصة أن يكون الرضا مفرغاً في شكل مخصوص أو نحو ذلك فقد نصت المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على أن «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ... كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً»، بل كان المشروع التمهيدي ينص في فقرته الأولى من المادة (١٣٤) على أنه: «يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً» ثم اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه[1].

والتعبير بالبذل يكون صريحاً إذا كان اتخاذ ذلك الموقف المعين أو التزام ذلك السلوك بالذات مألوفاً لدى الناس مفهوماً منه المراد بوضوح مثل عرض التاجر بضائعه مع بيان أثمانها على الجمهور وكوقوف سيارات الأجرة في المواقف المعدة لها، وكوضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين[2]، وقد يكون التعبير بالبذل ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولا مألوفاً له لكنه يفهم منه بحيث لا يمكن تفسير فعله أو سلوكه دون أن يفترض وجود هذا الإرادة مثل أن يتصرف تصرفاً فعلياً في سلعة عرضت عليه للشراء بأن يعرضها للبيع على شخص آخر، فهذا دليل على أنه قبل العرض، ولذلك يتصرف في السلعة، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد إنهاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك، ومن صدر له توكيل إذا نفذ الوكالة، كان هذا دليلاً على أنه قد قبلها[3]، وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه فعل يفهم منه على أنه يراد به تجديد

= النطق بألفاظ أياً ما كانت ظل شرطاً لا بدّ منه... وهذه القاعدة ظلت معمولاً بها حتى عهد جوستنيان».

وراجع: د. صوفي أبو طالب، المصدر السابق ص (٢٩٧).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/٤١).

(٢) بلانيول وريبير، المصدر السابق (٦/ بند ١٠٦)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/٢١٩)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٧٠)، ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٢٤)؛ ود. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (٧٧)، ومجموعة الأعمال التحضيرية (٢/١٤ - ١٥).

(٣) المصادر السابقة أنفسها ود. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق (١/٦٧).

الإيجار حيث نصت المادة (١/٥٩٩ ـ ٢ مم) على أنه: إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى... ويعتبر هذا التجديد الضمني إيجاراً جديداً، لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي...».

ولا يختلف القانون والفقه الفرنسيان على نظيرهما المصري في مسألة البذل والعرض[١]، فقد ذكر الفقه الفرنسي كثيراً من الأمثلة للبذل الدال على الرضا صريحاً مثل إرسال البضاعة إلى من طلبها، وعرض البضائع المعروضة للجماهير مع بيان ثمنها وتوفر نية الالتزام من طرف العارض وهذا ما قضت به محكمة السين التجارية في ١٨٦٩/١/٥ في قضية تتخلص وقائعها في أن السيدة مارتن رأت أقمشة حريرية معروضة بواجهة محل في باريس مع بيان أثمانها فطلبت شرائها فرفض صاحب المحل بيعها بحجة أنها وضعت بالواجهة (الفاترينة) لجذب الزبائن فقط فرفضت محكمة السين هذا الادعاء اعتماداً على أن وضع الحرير في الواجهة مع بيان ثمنه لا يفهم منه غير نية البيع، وألزمت التاجر بدفع التعويض بسبب تأخيرها في استلام البضاعة[٢].
غير أن هذا الحكم قد عارضه ظاهراً حكم آخر لمحكمة السين نفسها في ١٩٢١/٥/٢٨ حكمت في قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات قد ألبست تمثالاً روباً ووضعه في (الفاترينة) فدخل السيد مورن لشراء هذا الروب لكن ممثل الشركة رفض بيعه بحجةأنه للعرض فقط وليس للبيع لأن ما تحتوي عليه (الفاترينة) أعمال فنية لا يمكن هدمها وإقامتها بصفة مستمرة، ولذلك قالت الشركة: «ليس نيتنا من عرض البضائع بالفاترينة بيعها بالذات بل بيع البضائع المطابقة لها. فقبلت المحكمة هذا الدفع وقضت برفض دعوى مورن[٣]. ومن هنا يمكن استخلاص السبب في القضية الأخيرة بأنه يكمن في أنها فعلاً لم تكن تحتوي على نية التعاقد لصعوبة هدم ما في الفاترينة بعكس القضية الأولى التي كانت النية متجهة للبيع، إذ ليس في بيع ما في واجهة المحل أية صعوبة. وكعرض جهاز آلي أتوماتيكي أعد للتوزيع مقابل مبلغ محدد. ومثل للعرض الضمني بالتعاقد بوقوف السيارات العامة في الشارع أو

(١) بلانيول وريبير، جـ (٦)/ بند (١٠٥)، (١٠٦)، ومارسيل، المصدر السابق بند (١٨١)؛ وفهرس القانون المدني الفرنسي، بند (٢٤)؛ جوسران، المصدر السابق بند (٤٤)؛ ومورانديه بند (٣١٨)؛ وشيفاليه، المصدر السابق ص (٣٦).

(٢) المشار إليه في داللوز ١٨٦٩ ـ ٣ ـ ١٤.

(٣) المشار إليه في داللوز ١٩٢٣ ـ ٢ ـ ١٥٢.

الميدان، فدخول المسافر في هذه السيارة بقصد دفع الثمن يعتبر عقداً، وكذلك بقاء المستأجر في مكانه بعد انتهاء عقد إيجاره يعتبر عرضاً ضمنياً بتجديد العقد بنفس الشروط السابقة، فإذا سكت المؤجر فقد تم العقد (المادة ١٧٣٨، ١٧٥٩ م ف)[1].

هذا ويرد على مدى صلاحية الفعل أو السلوك للدلالة على الرضا الاستثناءات الواردة على اللفظ في المبحث السابق.

وقد نص القانون العراقي أيضاً في مادته (٧٩) على أنه: «كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة... وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي»، ثم لم يكتف بهذه القاعدة العامة في دلالة الفعل والمعاطاة والسلوك على الرضا بل نص في مادته (٨٠) على أنه «يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً»، ثم عرض الفقه العراقي أمثلة شبيهة بما ذكره الفقه المصري آنفاً كما أن أحكام المبادلة ـ أي التعاطي في الفقه الإسلامي ـ في القانون العراقي لا تختلف عما ذكرناه في المطلب الأول من هذا المبحث حيث أخذ بالرأي الراجح في الفقه الإسلامي القاضي بجواز التعاطي في الخسيس والنفيس، وأن العبرة في وسائل التعبير الإيفاء بالمقصود بدلالة لا يشوبها لبس أو غموض[2].

وأما القانون الانجليزي فقد نص في المادة الثالثة من قانون بيع البضائع لسنة ١٨٩٣ م على أنه «يتم عقد البيع طبقاً لنصوص هذا القانون، أو أي لوائح لها قوة القانون بالكتابة... ويجوز أن يتم ذلك ضمناً من سلوك الطرفين» ونص في مادته (٣٥) على أنه «يعتبر المشتري قابلاً للمبيع إذا ما أخطر البائع بأنه قبل المبيع، أو إذا كان المبيع قد سلم إليه وأجرى فيه أي تصرف يناقض ملكية البائع، أو إذا احتفظ بالمبيع مدة معقولة دون إخطار البائع برفضه»، ونص في مادته (١٨) بشكل واضح على صلاحية الفعل للدلالة على الرضا بالعقد حيث تقول: «إذا سلم المبيع إلى المشتري مع حق الخيار، أو التجربة، أو بناءً على أي شرط آخر مماثل فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري:

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) د. الحكيم، المصدر السابق (١/٥٤)، ود. حسن ذنون، المصدر السابق ص (١٨ ـ ١٩)؛ ومصادر الالتزام ص (٥٢)، ود. غني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/٩١ ـ ٩٣)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/١٠٢)؛ والأساتذة، الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام ١/٣٢).

أ ـ إذا هو أخطر البائع بموافقته أو قبوله، أو قام بأي تصرف في المبيع.

ب ـ إذا لم يخطر البائع بموافقته، أو قبوله، ولكنه احتفظ بالمبيع دون إعلان الرفض، وكان قد حددت مدة لرد المبيع انتقلت الملكية بعد انقضاء تلك المدة، وإذا لم تحدد مدة فبعد انقضاء مدة معقولة، والمدة المعقولة تعتبر مسألة وقائع»[١].

ويقول (ترايتل): «وفي القانون العام فإن الشخص الذي يتعاقد على بيع سلع، ثم يطرح سلعاً مختلفة، أو بكمية مختلفة، يعتبر كأن عرضه قد تناول بيع البضائع التي طرحها»[٢]. ويبدو أن العرض بالبيع يجوز إجراؤه على هذا النحو مع أن التشريع يعتبر إرسال السلعة بدون طلب سابق بمثابة هبة أكثر منه عرضاً بالبيع (انظر المادتين: الأولى، والسادسة من قانون البضائع والخدمات لسنة ١٩٧١)[٣].

والقضاء الانجليزي يقبل السلوك الذي يشهد على قبول العرض مثل إرسال البضاعة بناءً على عرض بالشراء فيصبح مقدم العرض ملزماً بما طلبه لا يجوز انسحابه منه[٤]، كما أنه من دلائل القبول أنه عند إرسال البضاعة بناءً على عرض بالشراء أن يقوم الطرف الذي تسلم البضاعة باستعمالها[٥] أو حتى باستخدام جزء منها[٦]، (وانظر المادتين: ١، ٦ من قانون البضائع لسنة ١٩٧١)، كما يستدل على السلوك إذا كان

---

(١) يراجع في تفصيل هذه المسألة: ولسون، المصدر السابق ص (١٥)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٢٥)، بند ٥٣؛ وجورج جاردنر، مقالته السابقة ص (٩)؛ وأنسون، مبادىء العقد في القانون الانجليزي، طبعة ٢١ ص (٣٤-٣٦)؛ وكتاب Pollok: مبادىء العقد، ط: ١٣ ص (١٣ ـ ١٥)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢٦ ـ ٢٧)، ود. عبد الهادي العطافي، بحثه السابق عن طرق التعبير عن الإرادة ص (١٦ ـ ٢٢).

(٢) انظر في هذا المعنى قضية؛

(Hart V. Mills (1846) 15
L. J. EX. 200)

وقضية: (Skven V. Bromleg (1919) K. B. 722.)

(٣) (G. H. Treitel)، المصدر السابق ص ٧.

(٤) في ذلك عدة قضايا منها: قضية:

(Geot Northerd V. Ryv.
Witham (1873) L. R. g. c. P. 16.)

(٥) قضية:

(Weath erly V. Banham (1832) 5 c. (P. 228.)

(٦) قضية:

(Hart V. Mills (1846) 15 L. J. E X 200)

تصرف المعروض يتم على قبوله العرض[1]. ثم إن المحاكم لها سلطتها التقديرية في حالة العرض الضمني المفهوم من الفعل، أو القبول المفهوم منه بحيث يمكنها الوصول إلى الشروط التي تم الاتفاق عليها وإلى أن تقدر الحقائق لإزالة الغموض في المسائل التي لم ترق إلى مرتبة اليقين ولا سيما إذا لم يكن العرض قد تضمن معلومات كافية عن الثمن، أو عن شروط الدفع وكيفيته، فتقدر المحكمة الشروط المعقولة عرفاً والمبالغ الواجب سدادها (انظر المادة ٢/٨ من قانون البضائع لسنة ١٨٩٣) بل يجوز لها أن ترجع إلى عقد سابق إبرامه بين الأطراف المتنازعين[2].

وقد ذكر الفقه الانجليزي كثيراً من الأمثلة لدلالة الفعل والسلوك على الرضا تشبه إلى حد بعيد الأمثلة التي ذكرها الفقه المصري والفرنسي، يقول ولسون: «وفي حالة عدم وجود عرض صريح يجيز القانون استشفاف العرض من سلوك الطرف المعنى وهذه مسألة تعتمد على ظروف كل قضية بذاتها، ويمكن الحكم على سلوك الفرد بشكل موضوعي مثلاً دخول شخص إلى مطعم عام، وطلبه وجبة تقدم له، معنى ذلك أنه عرض مقابل أن يدفع الثمن، وكذلك الحال بالنسبة لمن يضع قطعة نقود معدنية في آلة توزيع الخدمات، أو السلع بطريقة آلية مقابل هذه القطعة المعدنية (وهي آلة مألوفة في كثير من المدن الأوروبية والأمريكية لبيع السجائر والحلوى، والسندوتشات) وتشيع في بعض بلدان الشرق آلة في شكل موازين تبين وزن الشخص مقابل عملة معدنية محددة»[3].

وقد لخص لنا وليستون موقف القانون الانجلو أمريكي بقوله: «لا يشترط أن يكون التعبير بالكلمات، وفي القانون كان يقتضي أن يكون الوعد مشروطاً في شكل نصوص، أما القانون الحديث فيذهب بحق إلى اعتبار الأفعال والأقوال لها نفس المعنى بقدر ما يفهمه الشخص المعقول لو وجد نفسه في مثل الظروف موضوع تحليل المحكمة[4]... ويجوز القول بصفة عامة أن السلوك الذي يتخذه أي طرف منهما ويجيز للطرف الآخر أن يدرك منه ويستشف عقلاً معنى الوعد فإن القانون ينتهي أيضاً

(١) وراجع: (G. H. Treitel)، المصدر السابق ص (١٤ - ١٥).

(٢) قضية:

(Brogder V. Metro Poliran R. Y. (1877) 2 APP. case 666.)

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٥). وراجع شيتي، المصدر السابق ص (٢٥ - ٢٦)؛ وانظر: قضية: يراجع المصنف

(٤) قضية:

(Lea Bridge District Gos Co. V. Melvern (1917) I. K. B. 208.)

إلى هذا الحكم أي أن القانون يؤيد الاستنتاج، مثلاً لو قام شخص بدخول محل للبقالة واختار سلعة وسلمها للمختص فمعنى ذلك أنه أبدى رغبته في الحصول على هذه السلعة مقابل دفع ثمنها، واستلام المختص ثمن السلعة معناه قبوله إتمام عملية البيع مع العميل»[١].

هذا وقد رأينا في الفقه الفرنسي والمصري أن عرض البضائع على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر بمثابة العرض لكن هذه القضية مثار خلاف في الفقه الانجليزي حيث اعتبره البعض عرضاً، في حين اتجه آخرون إلى أنه بمثابة دعوة للتعامل [٣]. ولا يخفى الفرق بين الرأيين، فالقائلون بأنه عرض يعنون به أنه إذا تم قبوله أصبح ملزماً وأما الدعوة إلى التعامل فإن قبولها لا يعتبر ملزماً للداعي، وتجد هذه المسألة مكاناً خصباً لتطبيقاتها في المزادات يقول شيتى: «استقرت القواعد من قديم على أن عرض السلع في المزاد ليس عرضاً حتى يكون ملزماً بما يرسو عليه المزاد[٤] بل إن المحاكم تميل إلى تخويل صاحب البضاعة المتزايد عليها في قبول أو رفض سعر المزاد، ثم جاء قانون بيع البضائع لسنة ١٨٩٣... ونص على أن المزاد يكمل بإعلان وكيل المزاد رسو المزاد على المشتري مستخدماً مطرقته التقليدية، وحتى هذا الوقت يجوز سحب العرض وكذلك من المستقر أن الإعلان الذي يفيد عن عقد مزاد في يوم معين لا يرقى إلى مرتبة العرض ولا يجوز التمسك به[٤]. ويتبع ذلك أن صاحب البضاعة المطروحة في المزاد غير مسؤول عن تعويض الأشخاص الذين تكبدوا نفقات للوصول إلى صالة المزاد»[٥]. غير أن جانباً من الفقه استناداً على بعض السوابق القضائية لم يرتَضِ بهذا الاتجاه فقالوا: إن عرض بضاعة في المزاد عرض ملزم لصاحبها بأعلى سعر للمتزايد الذي دخل المزاد بنية سليمة حيث رأت المحاكم في عدة قضايا[٦] أن ذلك بمثابة

(١) وليستون أستاذ القانون المدني بجامعة هارفارد في بداية هذا القرن، المصدر السابق ص (٢٧ بند ٢٢).

(٢) وقد اختار هذا الرأي: (Hongdell)، في كتابه موجز العقد بند (١٩). وراجع في هذا الخصوص مقال: (Elison Kahn)، الوارد في مجلة (S. A. L. J) للقانون سنة ١٩٥٥، العدد (٧٢) ص (٢٥٠) وما بعدها.

(٣) يراجع شيتي، المصدر السابق ص (٢٦ بند ٥٦)؛ ووليستون، المصدر السابق بند (٢٩).

(٤) قضية: (Harris V. Nickerson (1873) L. R. 8 Q. B)

(٥) شيتي، المصدر السابق ص (٢٦).

(٦) منها قضية: (Warpow V. Harrison (1858) I. E. V. E. 295)

تعاقد على البيع بأعلى سعر للمزاد، ويجوز أن يلزم بالتعويض فيما لو أخل بتعاقده[١]، غير أن هذه الأحكام قد لقيت نقداً شديداً من الفقه[٢]، كما عارضتها كثير من الأحكام القضائية فقد نفت المحكمة في قضية: (Fenwick V. Macdonald)[٣] أن يكون الإعلان عن البيع بالمزاد بدون تحفظ عرضاً للبيع لأعلى متزايد، وهذا ما استقر عليه القضاء الانجليزي أخيراً، ففي قضية حديثة نسبياً[٤] تتلخص وقائعها في أن فرع الشركة المدعي عليها كان يتبع نظام: «اخدم نفسك»، فكان كل من يريد شراء شيء عليه أن يأخذ سلة من السلات التي وضعها فرع الشركة بجوار مدخله، وكان يوجد بفرع الشركة هذا بعض زجاجات تحتوي على عقاقير طبية يقضي قانون الصيدليات والسموم لسنة ١٩٣٣ بضرورة بيعها بإشراف صيدلي قانوني مسجل اسمه في سجل خاص، فكان الصيدلي المسؤول يقوم بمهمته هذه قبيل أن يدفع العميل للخزانة ثمن ما وضعه من بضاعة في السلة التي معه. فرفعت المدعية ضد هذه الشركة دعوى على أساس أن الشركة المدعي عليها بصفتها البائعة رفضت تنفيذ العقد واتمامه حيث إنها أخذت كمية من السموم ووضعتها في السلة وبذلك تم العقد في نظرها، ثم جاء الصيدلي فمنعها من الشراء فجاء تدخل الصيدلي بعد إتمام العقد، فرفضت الشركة هذه الدعوى ودفعتها بحجة أن البيع لم يتم بينهما وذلك لأن عرض البضائع لا يعدو كونه دعوة إلى التفاوض والبيع، إذن فحينما يصدر تعبير من العميل يكون هو الإيجاب، لا القبول، فعلى هذا فالعقد لم يتم بعد، وإنما يتم بقبول البائع ـ وهو الشركة المدعي عليها ـ وقبول الشركة ينحصر ـ بخصوص العقاقير الطبية ـ في موافقة الصيدلي القانوني المكلف بمهمة مراقبتها، فحكم في هذه القضية قاضي الدرجة الأولى اللورد جودارد وقرر دون أدنى تردد بأن عرض البضائع لا يخرج عن كونه دعوة إلى التفاوض، لا أكثر، ثم ذكر عدة أمثلة بهذا الخصوص قائلاً: «إن هذه العملية لا تختلف في كثير أو قليل عما يحدث في أي محل تجاري، تعرض فيه البضائع مبيناً عليها أسعارها وإن لم يتبع نظام «اخدم نفسك». . .

---

(١) انظر: مقال أليسون السابقة الإشارة إليه.

(٢) انظر: (Cheshire)؛ قانون العقد، الطبعة الخامسة، لندن ص (٢٦ ـ ٢٧)؛ وأنسون، مبادىء العقد في القانون الانجليزي، طبعة ٢١ لندن ص (٣٤ ـ ٣٦).

(٣) قضية رقمها (850 F 6 (1904). وراجع للتعليق عليها: المصادر السابقة.

(٤) وهي قضية:

(Pharmaceutical Society of Gritain Boots Cach Chemists... ttd (1952) 2 Q. B. 759.)

المشار إليها في شيتي، المصدر السابق ص بند (٥٦)؛ ود. العطافي، بحثه السابق ص (٤٢)؛ وفي ولسون، المصادر السابقة ص (١٨).

ففي معظم المكتبات يجري العمل على أن يقوم الزائر بتصفح بعض الكتب. . . ولا يتم عقده ما لم يقبل صاحب المكتبة أو ممثلها الإيجاب، فقد يقول: آسف لا أستطيع بيعه لأنه النسخة الوحيدة، وقد سبق أن وعدت بها شخصاً. . . فعلى هذا فإن مجرد اختيار المدعية لزجاجة الدواء ورفعها من موضعها لا يرقى - في ظروف هذه القضية - إلى درجة القبول لإيجاب البيع، بل هو إيجاب منها بالشراء، ولا يلام البيع إلا إذا قبل البائع. . .» ثم استأنفت المدعية هذا الحكم فأيدت محكمة الاستئناف الحكم السابق بنفس حيثياته[1]، كما صدرت قضايا أخرى بهذا المعنى منها قضية: .Timetny V) Simpson([2] التي قضت فيها المحكمة بأن عرض البضائع في أماكن العرض (الفاترينات) ومنافذ العرض لا يعد عرضاً ملزماً بالبيع، بل هو مجرد دعوة للتفاوض.

لكن القضاء الانجليزي استقر على أن وقوف السيارة العامة: (باص، أوتوبيس) في المكان المخصص لاستقبال المسافرين هو إيجاب من الشركة المالكة لها بإيصالهم ألى المكان المقصود فقد قال اللورد جرين: «إن العقد قد تم إما وقت أن يصعد المسافر سلم الباص أو وقت أن يدفعه»[3]، وعلى أي حال فإن العقد قد تم به، فيكون الطرف الآخر ملزماً بالتوصيل.

وقد يدعو استقرار القضاء الأخير على اعتبار عرض البضاعة سواء كان في المزاد أو في المحل دعوة للعرض وليس عرضاً وإيجاباً - إلى نوع من الحيرة والعجب إذا قارناه باستقراره على اعتبار وقوف السيارة العامة في أماكن الوقوف عرضاً موجباً لا دعوة إلى التعاقد، وذلك لأن الفرق بين الحالتين غير واضح حيث لا نلتمس فرقاً جوهرياً - لا في الطبيعة ولا الطابع - بينهما، لأن العبرة إذا كانت بالسلوك الذي يفهم منه الدلالة على الرضا، أو بالقرينة الموضوعة للدلالة عليه فلا نجد ميزة لأحدهما على الآخر[5].

* * *

---

(١) حيثيات القضية السابقة.

(٢) وهي قضية رقمها: (.1834) 6 C. V. P. P. 500))

(٣) يراجع: وليستون، المصدر السابق ص (٢٧)؛ ود. العطافي: بحثه السابق ص (٤٦ - ٤٧).

(٤) جاء ذلك بمناسبة قضية:
(Wilkie V. London Passenger Transport Board (1961) I. Q. B. 394).

(٥) د. العطافي، بحثه السابق ص (٤٦ - ٤٧).

المبحث الثالث

دلالة الكتابة على الرضا

ويتوزع هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

دلالة الكتابة على الرضا في الفقه الإسلامي

نقصد بالكتابة هنا: أن يعبر شخص عن رضاه بإنشاء عقد عن طريق الكتابة، بأن يكتب شخص ما يجيش في نفسه بخصوص إنشاء عقد كالبيع والنكاح والطلاق ونحو ذلك، سواء كان يكتبه لنفسه، أي لا يبعثه لغيره، وهذا يتحقق في التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة كالطلاق ونحوه، أو يكتبه لغيره كما في التصرفات التي تتم برضا الطرفين وسواء كان على أسلوب المخاطبة بأن يكتب: «بعتك الشيء الفلاني» أو على سبيل الغائب بأن يقول. «بعته أحمد» أو نحو ذلك، وسواء كان العاقدان غائبين، أو حاضرين.

ثم إن الكتابة إنما يمكن أن تكون تعبيراً عن الرضا إذا كانت واضحة يبقى رسمها بعد خطها ولهذا لا يعتد بالكتابة على الماء أو على الهواء؛ قال الكاساني: «فهو ـ أي الذي يكون تعبيراً عن الرضا ـ أن يكتب على قرطاس، أو لوح، أو أرض، أو حائط كتابة مستبينة. . . وإن كتب كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء، أو على الهواء فذلك ليس بشيء حتى لا يقع به طلاق وإن نوى، لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة، فكان ملحقاً بالعدم»[1].

وتأتي الكتابة كتعبير عن الرضا في نظر الفقه الإسلامي بعد اللفظ قال النووي: «والنطق أقوى من الكتب»[2]، ولهذا يحتل اللفظ الصدارة باعتباره الأسلوب الأمثل

---

(١) بدائع الصنائع (١٨١٧/٤). وقال النووي في المجموع (١٦٧/٩): «ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء».

وراجع لنفس المعنى: المغني لابن قدامة (٢٤٠/٧). غير أنه ذكر أن أبا حفص العكبري قال بوقوع الطلاق وإن كتبه بأصبعه على وسادة، أو الهواء، ورواه الأثرم عن الشعبي، واستدلا بأن العبرة بالحروف التي كتبها وهي قد تحققت، حيث كتب الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين، ورد عليهما ابن قدامة بأن الكتابة التي لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثمة لا يقع فههنا أولى.

(٢) المجموع (١٦٧/٩).

والأكثر في المحاورة والمخاطبة والتعاقد في حين أن الكتابة لم تكن لها هذه الأهمية بسبب عدم انتشارها انتشاراً يعم الجميع، كما أن احتمال وجود التزوير فيها، وعدم نية إنشاء العقد بها قد أبعدها إلى حد بعيد عن هذا المضمار عند بعض الفقهاء حتى جعلوها من الكنايات، بل اعتبرها بعضهم وسيلة ضرورية لا تصلح أن تكون أداة لإنشاء العقد بين الحاضرين، أو لا تكون إلا للعاجز عن الكلام أو الممنوع منه، غير أن هذه الاتجاهات المضيقة من دائرة الكتابة ليست الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي، بل إن الاتجاه القوي فيه هو جعل الكتاب كالخاطاب، انطلاقاً من أن الكتابة كانت إحدى الوسائل المهمة عن التعبير عن الدعوة الإسلامية في صدر الإسلام[1].

وبالإضافة إلى هذه الاتجاهات الفقهية حول التفرقة بين الحاضر والغائب في التعبير بالكتابة فإن بعض الاتجاهات قد فرقت بين العقود فأجازت بعضها بها ولم تجز بعضها الآخر.

ونحن هنا نذكر هذه الاتجاهات الفقهية المتمثلة في آراء فقهائنا الكرام من خلال نصوصهم من مصادرهم الأصيلة ثم نستخلص منها آراءهم، ثم نذكر لهم أدلتهم مع المناقشة والترجيح.

أ ـ مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، فقد ذكر المرغيناني وغيره هذه القاعدة[2] حتى اعتبروا مجلس بلوغ الكتاب مجلس العقد، فعلى هذا يجوز للكاتب ـ كاللافظ الموجب ـ أن يرجع عن إيجابه قبل قبول المكتوب إليه، بل إن صيغة الأمر التي لا تكون إيجاباً إذا كانت باللفظ عند الأكثرين منهم تقبل إيجاباً عند الإمام محمد إذا كانت بالكتابة باعتبار أن كونها بالكتابة يقطع مجال المساومة بخلاف ما لو كانت من الحاضر قال ابن الهمام: «ذكر في المبسوط ـ لمحمد ـ لو كتب إليه: بعني بكذا فقال بعته يتم البيع»[3].

وقد ضرب فقهاؤهم أمثلة لكيفية العقد بالكتابة منها: «أن يكتب: أما بعد فقد

(١) أنظر: فتح الباري (٦/١٠٩).

(٢) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٥/٧٩)؛ وبدائع الصنائع (٣٠/١٣٣٠)؛ والفتاوى الهندية (٣/٩)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٩)؛ والبحر الرائق (٥/٢٩٠ ـ ٢٩١)؛ والفتاوى البزازية (٤/٥٣).

(٣) فتح القدير (٥/٧٩).

بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال: قبلت في المجلس انعقد»[1].

ثم إن الكتاب صالح للإيجاب، أو القبول، أو لكليهما فقد ذكر ابن عابدين أن الكتابة تكون من الجانبين فإذا كتب: اشتريت عبدك فلاناً بكذا فكتب إليه البائع: قد بعت، فهذا بيع[2]. وكذلك فإن الكتابة صالحة لإنشاء عقد النكاح بها غير أن طبيعة النكاح لما كانت لا تصح إلا بالشهادة اشترط أن يكون القبول باللفظ وذكروا صورته بها بأن يكتب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً كتب إليّ يخطبني فأشهدوا أني قد زوجت نفسي منه، قال ابن الهمام، وابن نجيم: «أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد، لأن سماع الشطرين شرط، وبإسماعهم الكتاب، أو التعبير عنه منهاقد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا»[3]. ويقول الكاساني: «وينعقد ـ أي النكاح ـ بالكتابة، لأن الكتاب من الغائب خطابه»[4]، إلا أنه قد استثني من هذه القاعدة شيئاً وهو أنه لو كان حاضراً يخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابته في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في هذا المجلس، ثم زوجت نفسها منه في مجلس آخر عند الشهود صح[5].

وأما الطلاق بالكتابة فقد ذكره الحنفية بنوع من التفصيل حيث قالوا: إن جاءت الكتابة لا على وجه المخاطبة مثل أن يقول: امرأته طالق فتكون كناية تحتاج إلى النية، فإن قال: نويت بها الطلاق وقع وإلا فلا، أما إذا كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل أن يكتب: أما بعد يا فلانة فأنت طالق، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به الطلاق حتى لا يصدق قضاء لو قال: ما أردت به الطلاق أصلاً، لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، . . . ثم إن كتب على الوجه المرسوم ولم يعلقه بشرط بأن كتب: أما بعد يا فلانة فأنت طالق وقع الطلاق عقب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل»[6].

---

(1) فتح القدير (٥/٧٩)؛ والفتاوى الهندية (٣/٩)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣٣٩)؛ والمصادر السابقة.

(2) حاشية ابن عابدين على الدر (٤/٥١٢).

(3) فتح القدير (٢/٣٥٠)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣٣٩).

(4) بدائع الصنائع (٣/١٣٣٠).

(5) البحر الرائق (٥/٢٩١)؛ وفتح القدير (٢/٣٥٠).

(6) بدائع الصنائع (٤/١٨١٢).

وأما مذهب المالكية فهو أن الكتاب كالخطاب سواء بسواء سواء كان بين الحاضرين أو الغائبين[1]، إلا في النكاح[2].

وكذلك الأمر عند الحنابلة حيث أجازوا انعقاد البيع ونحوه بها دون النكاح الذي لا ينعقد بالكتابة إلا من الأخرس[3]، لكن ابن تيمية قال: ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحاً بأي لفظ أو فعل كان»[4].

وأما الشافعية فقد اختلفوا فيما بينهم في مدى الاعتداد بالكتابة في إنشاء العقود المالية فرجح الشيرازي عدم انعقاد العقد بها حيث قال: «وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة فوجهان:

أحدهما: ينعقد البيع، لأنه موضوع ضرورة.

والثاني: لا ينعقد وهو الصحيح، فإنه قادر على النطق...»[5]. غير أن الراجح عند كثير من محققي المذهب هو الانعقاد قال النووي: «... الأصح أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول التراضي وقد صرح الغزالي في الفتاوى، والرافعي في كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة. قال أصحابنا: وأن قلنا: يصح، فشرطه

---

(١) الشرح الصغير مع بلغة السالك (٣٤٣/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣)؛ وشرح الخرشي (٥/٥). وجاء في هذه المصادر: «وركنه ـ أي البيع ـ عاقد ومعقود عليه، وما دل على الرضا من قول، أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما».

(٢) جاء في الشرح الصغير مع بلغة السالك (١٧/٢): «ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس»، وأما الطلاق ونحوه فيقع بالإشارة. أنظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: (١٦٦/٢).

(٣) كشاف القناع (١٤٨/٣)، حيث ذكر جواز انعقاد البيع بالكتابة. وذكر صاحب زاد المستقنع أن النكاح ينعقد من أخرس بكتابة، وأنه لا يصح بها من قادر على النطق. أنظر: زاد المستقنع مع حاشيته، الروض المربع (٢٤٩/٦). وقال ابن قدامة: «ولنا ـ أي الحنابلة أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق... ـ فتكون كاللفظ ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب». يراجع: المغني (٢٣٩/٧).

(٤) القواعد النورانية ص (١١٠ ـ ١١٥)؛ والاختيارات الفقهية ص (١٢١)؛ وقاعدة العقود ص (١٥٢)؛ وإعلام الموقعين (٢١٨/١).

قال ابن تيمية في الاختيارات الفقهية ص (٢٠٣): «وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحاً بأي لغة، ولفظ، وفعل كان، ومثله كل عقد».

(٥) المهذب (٢٥٧/١).

أن يقبل المكتوب إليه بمجرد إطلاعه على الكتاب هذا هو الأصح، وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول، بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين»[١]. كما صرحوا بأن للكاتب حق الرجوع قبل قبول المكتوب إليه، وللقابل خيار المجلس ما دام في مجلس القبول[٢].

ثم إن أكثر الذين جوزوا التعاقد بالكتابة لم يقيدوها بأن تكون بين الغائبين بل أجازوها حتى فيما بين الحاضرين قال النووي: «أما إذا تبايع حاضران بالكتابة... فوجهان»[٣]. وذكر السيوطي أن الأصح الانعقاد بها فيما بين الحاضرين أيضاً[٤]، كما أنهم لم يفرقوا بين الإيجاب والقبول قال النووي: «وإذا صححنا البيع بالمكاتبة جاز القبول بالكتب، وباللفظ ذكره أمام الحرمين وغيره[٥]، وقال السيوطي: «ثم المكتوب إليه له أن يقبل بالقول وهو أقوى، وله أن يكتب القبول»[٦].

وأما النكاح فالمذهب على أنه لا يصح بها، لأن الشهادة شرط فيه، ولا إطلاع للشهود على النية، وهناك وجه لبعض أصحابه بصحة النكاح بها وأيضاً قال النووي: «وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة فليكتب: زوجتك بنتي، ويحضر الكتاب عدلان ولا يشترط أن يحضرهما بل لو حضرا بأنفسهما كفى، فإذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظاً ويكتب القبول، ويحضر القبول شاهدا الإيجاب، فإن شهده آخران فوجهان أصحهما: لا يصح، لأنه لم يحضره شاهداه. والثاني: الصحة، لأنه حضر الإيجاب والقبول شاهدان... ثم إذا قبل لفظاً أو كتابة يشترط كونه على الفور هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف[٧]. ومن هنا يختلف هذا الحكم في النكاح مما عليه الحنفية من وجهين:

١ - عدم اشتراط الشهود للإيجاب عند الحنفية، واشتراط وجودهم عند الشافعية.

---

(١) المجموع (٩/١٦٧). وراجع: فتح العزيز (٨/١٠٣)؛ والروضة (٨/٣٩)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤).
(٢) المجموع (٩/١٦٨).
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤).
(٤) المجموع (٩/١٦٧).
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤).
(٦) المجموع (٩/١٦٧). وراجع الأشباه للسيوطي ص (٣٣٤).
(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤).

٢ ـ عدم اشتراط كون القبول على الفور عند الحنفية واشتراط ذلك عند الشافعية.

وأما الطلاق فقد قال السيوطي: «فإن كتبه ـ أي الطلاق ـ الأخرس فأوجه أصحها أنه كناية فيقع الطلاق إن نوى ولم يشر. والثاني: لا بدّ من الإشارة. والثالث: صريح، وأما الناطق: فإن تلفظ بما كتبه حال الكتابة، أو بعدها طلقت، وإن لم يتلفظ، فإن لم ينو إيقاع الطلاق لم يقع على الصحيح. وقيل: يقع فيكون صريحاً، وإن نوى فأقوال أظهرها تطلق، والثاني: لا. والثالث: إن كانت غائبة عن المجلس طلقت وإلا فلا. قال في أصل الروضة: وهذا الخلاف جار في سائر التصرفات التي لا تحتاج إلى قبول كالإعتاق، والإبراء والعفو عن القصاص وغيرها»[1].

وفي مذهب الزيدية وجهان في الاعتداد بالكتابة في البيوع ونحوها:

الوجه الأول: تنعقد بها.

والوجه الثاني: لا تنعقد بها مع إمكان النطق ـ أي تنعقد بها إذا كتبها العاجز عن الكلام[2]. وأما النكاح فيصح بها بلا خلاف عندهم[3]، ولا فرق عندهم بين كونهما حاضرين أم لا[4].

وأما الإمامية فالراجح عندهم هو عدم صلاحية الكتابة لإنشاء العقد بها بالنسبة للقادر على التلفظ، قال العلاّمة الحلي: «ولا يقع الطلاق بالكتابة في الحاضر وهو قادر على التلفظ. نعم لو عجز عن النطق فكتب ناوياً به الطلاق صح، وقيل: يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة وليس بمعتمد»[5]. وأما النكاح فقد صرحوا بعدم انعقاده بالكتابة إلا للعاجز جاء في وسيلة النجاة: «... ولا الكتابة... من غير الأخرس»[6]، وكذلك الأمر بالنسبة للبيع. جاء في منهاج الصالحين: «إذا تعذر اللفظ لخرس ونحوه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤).

(٢) البحر الزخار (٤/٢٩٨).

(٣) قال في البحر الزخار (٤/٢٦): «ويصحان ـ أي الإيجاب والقبول ـ بالكتابة والرسالة لقيامهما مقام منشئهما في الشرع ككتبه ﷺ ورسله... ويكون الإشهاد عند الكتابة لا الإجازة في الأصح إذ هو النكاح هذا عند الإمام يحيى». وراجع صاحب البحر الزخار: «إن النكاح يقع بالقراءة...».

(٤) البحر الزخار (٤/٢٦).

(٥) منهاج الصالحين (٢/٣٤٨)؛ وشرائع الإسلام (٢/٨).

(٦) المجموع (٩/١٦٧ ـ ١٦٨).

قامت الإشارة مقامه، وكذا الكتابة مع العجز عن الإشارة، أما مع القدرة عليها ففي تقديم الإشارة أو الكتابة وجهان. . . والأظهر الجواز بكل منهما، بل يحتمل ذلك حتى مع التمكن من اللفظ»[1].

وأما الإباضية فقد منعوا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة إلا من أخرس، أو ممنوع من الكلام[2].

الخلاصة مع الأدلة والمناقشة والترجيح:

ونستخلص مما سبق أن أوسع المذاهب بخصوص الكتابة كتعبير عن الرضا هو مذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية الذين جعلوا الكتاب كالخطاب سواء كان بين الحاضرين أو الغائبين، وأما أضيق المذاهب بهذا الخصوص فهو مذهب الإباضية، والراجح في مذهب الإمامية، ووجه للزيدية، ورأي للشافعية، الذين قالوا بعدم صلاحية الكتابة لإنشاء العقود بها إلا بالنسبة للعاجز عن الكلام، ونرى بين هذين الرأين رأي الحنفية الذين جعلوا الكتاب كالخطاب بالنسبة للغائب دون الحاضر[3]، ولا بدّ هنا أن نلاحظ أن الكتاب لا يثبت عند بعض الفقهاء إلا إذا شهد عليه شاهدان، غير أن هذا يعود إلى قضية الاحتياط في الإثبات لا أكثر[4].

وقد استدل كل فريق على دعواه، فاستدل المضيقون من دائرة الكتابة إلى حد بعيد بأن الكتابة ليست وسيلة من وسائل التعبير، إذ وسائل التعبير منحصرة حسب نظرهم في اللفظ فقط إلا للعاجز الذي لا يجد حيلة ولا يهتدي إلا إلى الإشارة أو الكتابة، ومن جهة ثانية أن وسائل التعبير عن العقود جاءت جميعها بالألفاظ، ولم يشتهر في عصر النبي ﷺ إنشاء العقود بالكتابة فلذلك يجب الوقوف عند حد اللفظ فقط. ومن جهة ثالثة أن الكتابة تحتمل التزوير والتقليد كما أنها تحتمل أن صاحبها لم يرد بها إنشاء العقد، بل أراد بها تحسين خطه أو نحو ذلك.

---

(١) منهاج الصالحين، قسم المعاملات ص (٢١).

(٢) النيل (٢/١٠).

(٣) لم نرَ نصاً صريحاً للحنفية يجيزون فيه جواز انعقاد العقد بالكتابة فيما بين الحاضرين بل جميع نصوصهم تذكر تقييد ذلك بما بين الغائبين، وحتى لو ذكر نص عام فالمقام يدل على أن الكتابة المؤثرة هنا ما كانت بين الغائبين، ومن هنا لا تسمح لنا القاعدة المقررة في المذاهب باستنتاج القول بصحة التعاقد فيما بين الحاضرين ما داموا لم يصرحوا به، لأن لازم المذهب ليس بمذهب. وراجع المصادر الحنفية السابقة.

(٤) راجع: المغني لابن قدامة (٣٤١/٧)؛ والمصادر السابقة.

ومبني دليلهم الأول على أن الكتابة وسيلة ضرورية ولا ضرورة إلا للعاجز حيث أن الغائب أيضاً يمكنه توكيل شخص بالعقد وهذا غير مسلم، إذ لا دليل على ذلك، بل هي وسيلة من وسائل التعبير، وقد استعملها الرسول ﷺ في رسائله مع الملوك وغيرهم[1].

وأما دليلهم الثاني فغير مسلم أيضاً، ولو سلم فورود العقود بالألفاظ ليس للدلالة على حصر إنشاء العقود بها، بل لم تقصد الشريعة الغراء بإيراد هذه الألفاظ بيان أسمائها والوقوف عند أسمائها فقط بل أرادت أحكامها وما يتميز كل نوع خاص من أحكام وآثار، وذلك لأن مبني العقود على الرضا وطيب النفس كما ورد بذلك الكتاب والسنّة ـ كما سبق ـ وأما احتمال التزوير والتقليد فيتلاشى مع وجود القرائن الدالة عليه، ثم أن كلامنا نحن هنا ليس في باب الإثبات، وإنما في باب دلالة الكتابة على الرضا، وأما قضية أن هذا الخط خط فلان فتأتي في المرحلة الثانية، وكذلك الأمر بالنسبة للقول بأن الكاتب ربما لم يرد بما كتبه إنشاء العقد فهذه القضية تعود إلى مدى موافقة التعبير مع المعبر عنه أم لا. لأن هذا الاحتمال أيضاً ممكن ووارد أيضاً بالنسبة للفظ هل أراد به اللافظ إنشاء العقد أم الهزل والحكاية والتقليد كما أن القضاء يجري على الظاهر والله يتولى السرائر.

وقد استدل المتوسطون بالأدلة السابقة لكنهم قالوا أن الحاجة ماسة بالنسبة للغائبين دون الحاضرين، فيترخص للغائبين دون غيرهما حيث لا يوجد أي مانع من المشافهة والمخاطبة[2].

ويجاب على هذا بأن النزاع في أن الكتابة هل تصلح للدلالة على التعبير عن الرضا أم لا. فإذا قلنا: نعم فأي تقييد في حقها وتضييق نطاقها وتخصيصها بما بين الغائبين لا يتفق مع هذا الجواب، ولا مع المبدأ السائد في الشريعة الغراء بأن أساس العقود الرضا، وأما إذا كان جوابنا بالنفي فلا بدّ أن لا نستثني الغائبين، لأن التعبير عن الرضا ضروري في إنشاء العقد بحيث لا يتم بدونه، كما أنه لا توجد ضرورة بالنسبة للغائبين إذ يمكنهما التوكيل، لذلك فالراجح هو ما ذهب إليه الموسعون عن دائرة الكتابة لتصلح لإنشاء العقود بها إيجاباً أو قبولاً إلا ما تقتضيه طبيعته من وجوب الشهادة كالنكاح حيث لا بدّ من القول من القابل حتى يسمعه الشاهدان، وفيما عدا

(١) راجع: المغني لابن قدامة (٣٤١/٧)؛ والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

ذلك فالكتاب كالخطاب ولا ينبغي تقييدها بكونها بين الحاضرين أم الغائبين فهي وسيلة صالحة للتعبير، وقد استعملها الرسول ﷺ في خطاباته مع الملوك فدعاهم فيها إلى الدخول في الإسلام، فإذا كانت صالحة للتعبير عن نشر الدعوة فكيف لا تكون صالحة لإنشاء العقد، قال الكاساني: «إن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ألا ترى أن رسول الله ﷺ كان يبلغ بالخطاب مرة، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثاً، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب»(٢)، بل إن القرآن الكريم أعطى الكتابة منزلة أسمى حيث أمر الله تعالى بالكتابة، ثم بالشهادة(٣)، ثم أن الأساس في العقود ـ كما ذكرنا ـ هو الرضا فإذا دل عليه أي دليل فقد حصل المقصود وتم العقد.

هذا، وأن حكم الرسول كحكم الكتاب مثل أن يبعث أحد شخصاً ويقول له: اذهب إلى فلان وقل له: أن فلاناً باع داره الفلانية منك بكذا. فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول فقد تم العقد، أو يقول: بعت فرسي الذي كذا من فلان بكذا، فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل فقد تم العقد، وهذا كما يقول ابن الهمام وغيره لأن الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً. لكن إذا لم يأمره بالتبليغ فذهب إليه وبلغه الخبر وقبله فلا ينعقد العقد إلا بموافقة المرسل، لأنه فضولي، لكنه لا يشترط أن يتم الإبلاغ من قبل المأمور به، فلو قال لشخص اذهب إلى فلان وأبلغه بأنني قد بعته كذا بكذا فذهب آخر وقبل فقد تم العقد(٤).

البرق والتلكس ونحوهما من الوسائل الحديثة

فهذه الوسائل ليست وسائل جديدة للتعبير بل هي وسائل حديثة لإيصال المكتوب أو الملفوظ بطرق حديثة ـ كما سبق ـ ولذلك فهي أن عبرت عن مكتوب فهي في حكم

---

(١) روى البخاري في صحيحه بسنده عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أخبر: «أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام، وبعث بكتابه إليه دحية الكلبي...» أنظر: صحيح البخاري مع الفتح كتاب الجهاد (١٠٩/٦).

(٢) بدائع الصنائع (١٨١٣/٤).

(٣) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّها الذين آمنوا إذا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مسَمًّى فَاكتُبُوه وَلْيَكْتُبْ بَينكم كَاتِبٌ بالعَدْلِ...﴾ (الآية ٢٨٢ من سورة البقرة).
ويراجع: تفسير القرطبي (٣٧٦/٣).

(٤) فتح القدير (٧٩/٥)؛ والمجموع (١٦٨/٩)؛ والبحر الزخار (٢٦/٤). والمصادر السابقة.

الكتابة أو ملفوظ فهي في حكم الكلام. فالبرق مثل الكتاب وليس الكتاب، وذلك لأن الكتاب يصل إلى المرسل إليه بخط يده في حين أن البرق تعبير عما كتبه، أو تلفظ به، وكذلك الأمر في التلكس، وأياً ما كان فإن العقد يتم من خلالهما وهما صالحان لنقل الإيجاب والقبول إلى المرسل إليهما، فإذا ادعى أحد أن البرق ليس له فعليه الإثبات من خلال الوسائل المتاحة له وكذلك الأمر بالنسبة للتلكس ونحوه.

والله أعلم...

المطلب الثاني
دلالة الكتابة على الرضا في القانون

يظهر دور الكتابة في العقود في ثلاثة اتجاهات: أولها: كتعبير عن الرضا والإرادة، وثانيها: كشكل واجب للانعقاد، وثالثها: كإثبات للعقد.

أمَّا الأول: - أي الكتابة كتعبير عن الرضا - فهي صالحة لإنشاء العقد في التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي وغيره بلامراء[1]. فقد نص القانون المدني المصري في مادته (٩٠) على أنَّ التعبير بالإرادة يكون بالكتابة، كما نص على مثل ذلك القانون العراقي في مادته (٧٩) وقانون بيع البضائع الإنجليزي الصادر في سنة ١٨٩٣ م في مادته (٣). وأمَّا القانون الروماني فقد كان - كمبدأ - يوجب النطق وسماع

---

(١) يراجع: بلانيول وريبير، المصدر السابق جـ٦ بند (١١٠)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (١٨١)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٤)؛ وشيڤاليه، المصدر السابق ص (٣٥)؛ وموراندیه، المصدر السابق بند (٣٠٦).

ويراجع: د. السنهوري، الوسيط (٢١٧/١)؛ و د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق (٧٧/١)؛ و د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١٩١/١)؛ و د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٦٩)؛ و د. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٢٤)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١٩٣/١).

ويراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (٥٦/١)؛ و د. غني حسون طه، المصدر السابق (٩١/١)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (١٠٢/١).

ويراجع: شيني، المصدر السابق (بند ١٠،١٧)؛ ولسون، المصدر السابق ص (٢٢)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٣٥)؛ و د. عبد الهادي العطافي، بحثه السابق ص (١٦)؛ وترايتيل، المصدر السابق، ص (١٣ - ١٤).

الموجب كلام القابل، وبالعكس، ولهذا لم يكن العقد يتم إلاَّ عند حضور الطرفين مجلس العقد[1].

والكتابة هي إحدى وسائل التعبير، بل هي من أهمها في العصر الحديث سواء كانت عرفية، أو رسمية في شكل سند، أو كتاب أو نشرة إعلان، موقعاً عليها أو غير موقع، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة، أو بالآلة الطابعة، أو أي طريقة أخرى، أصلاً كانت أو صورة، وسواء كانت صريحة أو ضمنية[2].

ثمَّ إنَّ الكتابة تلعب دورها بأي لغة كانت، كما أنَّه يمكن أن يعبر أحدهما باللفظ، والآخر بالكتابة، أو بالعكس، أو أن يعبر عن جزء من العقد بالكتابة، والباقي باللفظ مثلاً ما لم يشترط لهذا العقد شكل مخصوص[3]، كما أنَّ الكتابة قد تكون على شكل خطاب وقد تكون على شكل عقد مفرغ فيه الإيجاب والقبول ولا يبقى للمتعاقدين إلاَّ الإمضاء، كما أنَّه يمكن أن تكون في صورة برقية، أو تلكس أو نحو ذلك، يقول مارسيل: «والإرادة يمكن أن يعبر عنها مباشرة بكتابة، وهذه الكتابة يكون لها أحياناً طابع شخصي (خطاب، برقية) وأحياناً طابع غير شخصي (إعلان، نشرة)[4].

ثمَّ إنَّ الكتابة صالحة للتعبير بها عن الرضا سواء كانت بين حاضرين أو غائبين يقول جوسران: «ويبدو منطقياً أنَّ المراسلات سواء كانت خطابات، أو برقيات متبادلة بين متعاقدين غائبين ومتباعدين تحل محل الأقوال فيما لو كانوا حاضرين. . . بشرط سلامة التراسل. . .»[5].

وأمَّا الثاني: ـ أي الكتابة كشكل ـ فهو في حالة ما إذا نصَّ القانون أو اتَّفق الطرفان على أن يكون العقد بالكتابة أي أن يكون مفرغاً في صورة رسمية كتابية، فتكون الكتابة حينئذٍ ركناً في العقد، ولا ينظر إليها باعتبارها تعبيراً، وقد يثور التساؤل حول أنَّ الكتابة حينما تكون شكلاً هل تفقد صفتها التعبيرية؟. للجواب عن ذلك أنَّ الفقه لا ينكر أنها

---

(١) هذا ما صرح به جوستنيان في المتون (٣: ١٩، ٧)؛ وجايوس (٣، ١٠٥). وراجع: د. شفيق شحاته، المصدر السابق ص (١٢٦)؛ و د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٧).

(٢) د. السنهوري، المصدر السابق (١/٢١٨)؛ والمصادر السابقة.

(٣) د. عبد الهادي العطافي، المصدر السابق ص (١٦، ٦٢)؛ والمصادر السابقة.

(٤) مارسيل، المصدر السابق بند (١٨١).

(٥) جوسران، المصدر السابق ص (٣٠).

لا تفقد هذه الصفة لكنها لا ينظر إليها حينئذٍ باعتبارها تعبيراً، وبعبارة أخرى يطغى عليه جانب الشكل وكونه ركناً دون إنكار واقعها كتعبيره فعلى هذا فالكتابة الرسمية قد اختلط فيها كل من فكرة الإظهار والإنشاء وتكون لها صفتان: معبرة باعتبار، ومنشئة باعتبار آخر[1]، فالشكلية اليوم لا تنفصم عن الإرادة بل تبنى عليها وكل ما يعنيها المشرع من ورائها هي حماية المصالح. ثمَّ إنَّ العقود التي يجب تسجيلها هي ـ كما سبق ـ بالنسبة للقانون المدني المصري كالهبة المادة (٤٨٨ م م) والرهن المادة (١٠٣١ م م) وبالنسبة للقانون الفرنسي أيضاً كالهبة والتنازل بين الأحياء (المادة ٩٣١ م ف) وعقد الزواج (المادة ١٣٩٤ م ف) وعقد الرهن العقاري (المادة ٢١٢٧ م ف) والمعدلة بمرسوم ٤ يناير ١٩٥٥، وقد نظم هذا المرسوم التوثيق وقضى بإلغاء ما يتعارض مع أحكامه[2]. وبالنسبة للقانون العراقي كعقد بيع العقار ونحوه[3].

وأمَّا الثالث: ـ أي كون الكتابة للإثبات ـ فهو بأن يشترط القانون أو الطرفان على جعل الكتابة شرطاً للإثبات مثل ما نص عليه قانون الإثبات المصري في مادته (٦٠) على أنَّه «في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»، وكذلك الأمر في القانون الفرنسي حيث اشترطت المادة (١٣٤١ م ف) إثبات التعامل الذي تتجاوز قيمته عن (٥٠ فرنكاً) بالكتابة، وكاشتراطها للإثبات بخصوص عقد الإيجار (المادة ١٧١٥ م ف) والاشتراط بفوائد في القرض (المادة ١٩١٧ م ف) والصلح (المادة ٥٤٤ م ف) وشركة التضامن (المادة ٣٩، ٤١) من القانون التجاري الفرنسي، وبيع السفينة (المادة ٢٧٣) ووثيقة الشحن (المادة ٢٨١، ٢٨٢) والقرض البحري (المادة ٣١١)[4]، وغير ذلك مما يتعلق بقواعد الإثبات في التشريعات الحديثة التي تعطي الأولوية للكتابة[5].

---

(١) المصادر السابقة؛ و د. العطافي، بحثه السابق ص (١٦، ٦٢).

(٢) يراجع: موراندیه، المصدر السابق ص (١٨١ بند ٢٠٩)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق ١٢٧/٦.

(٣) د. غني حسون طه، عقد البيع ص (٢١٧).

(٤) بلانيول وريبير، المصدر السابق (١٢٣/٦).

(٥) يراجع في تفصيل ذلك: الأستاذ أحمد نشأت بك، الإثبات في التعهدات، طبعة خامسة بمصر سنة ١٩٥٠؛ و د. السنهوري، الوسيط (١٣/٢ ـ ٣٠٣)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (٢٥/٦ ـ ٢٩).

والكتابة لإثبات العقد ليست تعبيراً عن الرضا والإرادة، وإنما هي ستار للحق وحماية له من الانتهاك والضياع، ومن هنا يختلف عن الكتابة كتعبير، وعن الكتابة كشكل. أمَّا اختلافها عن الكتابة كتعبير، فلأنها تأتي بعد مرحلة الانعقاد والتعبير، بحيث تكون خارجة عن تكوين العقد ودائرته، وأمَّا اختلافها عن الكتابة كشكل فلأن الشكل يحل محل الرضا، وتكون الكتابة حينئذٍ ركناً من أركان العقد فإذا لم تتحقق أصبح الاتفاق لاغياً في حين أنَّ الكتابة كإثبات لا تؤثر في العقد بالإبطال، فإذا لم يتم إعداد كتابة مثبتة للتصرف فإنَّ هذا لا يعني سوى عجز مدَّعي وجود هذا التصرف عن تقديم الدليل عليه أمام القضاء إذا نوزع في ذلك، ولا يعني ذلك عدم وجود الإرادة في نظر القانون بسبب عدم وجودها، ولذلك يمكن إثباته بالإقرار، أو اليمين أو نحوهما بالشروط المقررة قانوناً[1].

هذا وقد جاء إيثار الكتابة لإثبات الحقوق والمعاملات على غيرها من طرق الإثبات في التشريعات الحديثة نتيجة كثرة شهادات الزور أمام القضاء، حيث كان يفاجأ بشهود زور أمامه يشهدون بالباطل على أموال الضعفاء وعقاراتهم لصالح الأغنياء الذين شروا ذممهم بثمن بخس، ولم يكن أمام القضاة بد من أن يحكموا بمقتضى شهادتهم على الرغم من عدم اقتناعهم بها داخلياً، كما أنَّه ليس باستطاعتهم التمييز بين الشاهد العادل وغيره، فضلاً عن أنَّه لو جرى وراء ذلك لأدَّى إلى تأخير مهمة القضاء في الفصل بين المنازعات بسرعة ونشوء الفوضى وعدم الاستقرار في الدعاوي والأحكام.

وهذا التقييد للإثبات بالكتابة في الحالات السابقة لم يكن موجوداً في القانون الروماني، بل ظهر أول ما ظهر مع إقرار مبدأ الرضائية في الغرب حيث صدر مرسوم مولان (Moullns) في فبراير ١٥٦٦ م وتضمن في مادته (٥٤) الأمر بأن يثبت في محرر رسمي، أو عرفي: «كل الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة جنيه»[2].

وربما يعود السبب في ظهور تقييد الإثبات مع ظهور مبدأ الرضائية إلى أنَّ هذا التقييد لما كان بحاجة في ظل الشكلية التي سادت القانون الروماني طوال عصوره، فأغنته الوسائل المعقدة في الشكلية والتي تتطلب حضور عدَّة شهود وطقوس خاصة عن

---

(١) بلانيول، وريبير، المصدر السابق (١٢٣/٦)؛ و د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٠٣)؛ والمصادر السابقة.

(٢) المشار إليه في د. قلادة، المصدر السابق ص (٦٧).

الحاجة إلى هذا التقييد، إذ كانت هذه الإجراءات الشكلية تحول دون ظهور دور كبير للشهود في مجال العقود والتصرفات المالية، إذ الأساس في كل ذلك هو الشكل وهو ليس عملية يسيرة ـ كما سبق ـ فلم يكن بوسع الشهود في ظل الشكلية إثبات نقل الملكية بسهولة ويسر. غير أنَّ إقرار مبدأ سلطان الإرادة والرضائية قد فتح باب انعقاد العقود على مصراعيه، فلو ترك باب الإثبات على مصراعيه لأدى ذلك إلى تعسف وإجحاف كبيرين. فأقر مبدأ الإثبات بالكتابة كقاعدة عامة حماية للحقوق ورعاية للمصالح الخاصة، ولهذا فإنَّ استلزام المحرر الكتابي ليس من النظام العام أو القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها، وهذا ما نطقت به محكمة النقض من أنَّ «أحكام الإثبات في المواد المدنية مقررة لمصلحة الخصوم وليست من النظام العام»[1]، فعلى هذا يمكن تعديل قواعد الإثبات الكتابي عن طريق الاتفاق بين الأطراف الذين بوسعهم أن يتفقوا على أن يكون الإثبات بالشهود مثلاً، وهذا ما عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا[2]، وتشير إليه المادة (٤٠٠ م م) المعدلة بقانون الإثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨، والمادة (١٣٤١ م ف). ثمَّ إذا كان لم يظهر دليل في طبيعة العقد على كون الكتابة المشروطة فيه ـ سواء كان من قبل المشرع أم من قبل العاقدين ـ للإثبات أو للشكل فعلى أيهما يحمل؟ لقد فرق غالب الفقه بين ما إذا ثار الشك في تفسير قصد المتعاقدين، وبين ما إذا قام الشك حول نية المشرع. فبالنسبة للموضوع الأول يقول الأستاذ السنهوري: «فالقضاء في مصر وفرنسا يتلمس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين على الآخر، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان المفروض أنَّ المتعاقدين اشترطا الكتابة للإثبات، لا للانعقاد، لأنَّ الأصل في العقود أن تكون رضائية»[3]، وأمَّا بالنسبة للمسألة الثانية ـ الشك في نية المشرع ـ فقد رجح الأستاذ السنهوري كون الشرط للانعقاد لا للإثبات حيث قال: «وعندنا أنه أذا غم الأمر ولم يتبين القاضي ـ بعد أن يستنفد وسائل التفسير ـ ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للإثبات فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد لا للإثبات»[4]. وعلى الرغم من أنَّه ذكر

(١) نقض مدني مصري في ١٩٤٥/٢/٥ منشور في المحاماة سنة ٢٧، ٣١٢، ١٢٨.

(٢) كولان وكابيتان، جـ(٢) بند (٧٧٣)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١٢٧/٦)؛ و د. قلادة، المصدر السابق ص (٦٩) والمصادر السابقة.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١)؛ وقد ذكر عدَّة قضايا. ويراجع بلانيول وريبير، المرجع السابق (١٢٧/٦).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١٩١/١).

مبررات للتفرقة بين المسألتين إلاَّ أنها في الواقع لم تكن مقنعة في نظري، فإذا كان السبب هو أنَّ «سلطان المشرع كامل في أن يخلق الشكل الذي يريد...» فيرد عليه بأنَّ سلطان العاقدين كامل أيضاً في فرض أي شكل يحبذانه، ولاسيما فالتشريعات الحديثة قد أقرَّت مبدأ الرضائية وجعلته الأصل، والقاعدة العامة التي تسود جميع العقود والتي تفسر في ظلها أحكام العقود. فلهذا فالراجح حمل اشتراط الكتابة عند عدم وجود قرينة على أنَّها للإثبات في المسألتين.

وقد أثيرت هذه المسألة في الفقه والقضاء الأمريكيين، فالاتجاه السائد فيهما هو إعطاء المحكمة سلطة تقديرية واسعة في الوصول إلى نيَّة العاقدين فقررت محكمة نيويورك الاستئنافية: «أنَّه إذا كان قد تمَّ الاتفاق على كل شروط العقد، ولم يعد هناك شيء باقٍ يستدعي التسوية ـ أي كتابة العقد المشروطة ـ فإنَّ الفهم السائد عندئذٍ هو أنَّه بدون تحرير العقد بشكل إيجابي لا ينشأ التزام يقضي بالتنفيذ بمقتضاه رسمياً»(1). وقضت محكمة نيوجيرسي العليا بأنَّه «يبدو أنَّ الأطراف رغم اتفاقهم على كل شروط العقد كانوا يعنون أن يكون الاتفاق مكتوباً وموقعاً عليه قبل أن تدخل المساومة التي انتهت إلى اتفاق... ولذلك لا ارتباط بين الأطراف حتى بلوغ هذه المرحلة وبدون الكتابة يظل كل طرف بدون التزام من جانبه»(2).

ولم ينكر الفقه(3) الغموض الذي يكتنف هذه المسألة، لأنَّه يمكن التساؤل: كيف يتسنى معرفة: أنَّ نية الأطراف المتعاقدين كانت منصرفة إلى أن يكون الاتفاق كاملاً؟ بل إنَّ هذا التساؤل قد سرى إلى حكم بعض المحاكم العليا، وأعاد القضية على أثره إلى محكمة الموضوع، حيث قالت: «من الظاهر للمحكمة أنَّ المسألة تعتمد على نية المتعاقدين، فإذا كانت نيتهم منصرفة إلى أن يكون الارتباط التعاقدي رسمياً وموقعاً عليه فإنَّ العقد المكتوب هو الذي يصبح ملزماً وليست المسودة حتى ولو جرى التوقيع على المسودة لأنَّ المسودة المحددة ينظر إليها الأطراف في هذه الحالة على اعتبار أنَّها مذكرة مناسبة، أو تسجيل لخلاصة المفاوضات وليس هناك عقد حتى التوقيع

---

(1) جاء ذلك في مناسبة قضية:

(Oisken V. Herter 73 N. Y. App. Div. 453, 77 N. Y Supp. 300).

وراجع وليستون بند (٢٨).

(2) (Donnlly V. Currie Hardware Ce. 66 N. J. L).

(3) وليستون، المصدر السابق ص (٣٧).

النهائي عليه. . .». ولم يتعرض القانون العراقي لهذه المسألة[1]، بل ترك أمرها إلى الفقه والقضاء ليستقرا على ما هو الأصلح والأنسب حسب العرف والعادة.

البرق والبريد والتلكس

ثمَّ لا فرق في التشريعات الحديثة بين أن تكون الكتابة - سواء كانت تعبيراً عن الإيجاب، أو القبول - بين الحاضرين، أو الغائبين، وفي حالة كونها بين الغائبين أن تكون بخط اليد، أو الطابعة أو نحوها، كما أنها لا تنظر إلى كيفية وصولها عن طريق البريد، أو البرق، أو التلكس، مع مراعاة وصول الخبر إلى من بعث إليه[2]، ومراعاة قواعد التثبت منها وملاحظة أنَّ فرص احتمال التزوير والتقليد في الكتابة عن طريق البريد، أو البرق، أو التلكس أكثر، لكن هذا الأمر لا يتعلق بالرضا بل يتعلق بقواعد الإثبات[3]، فالمهم إذا ثبت أنَّ المكتوب الذي فيه عرض أو قبول لفلان قبل كدليل على الرضا سواء كان بالبرق أو غيره.

المبحث الرابع
دلالة الإشارة على الرضا في العقود

ويتوزع على مطلبين:

المطلب الأول
دلالة الإشارة على الرضا في الفقه الإسلامي

يقصد بالإشارة - هنا - تحريك عضو من أعضاء الإنسان، أو أكثر للدلالة على الرضا، أو الرفض كتحريك الرأس عمودياً للدلالة على الرضا بما عرض عليه، وهزه أفقياً للدلالة على الرفض، وكذلك تحريك إحدى الأصابع، أو اللسان، أو الكتف، أو

---

(١) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص (٧٣)؛ والمصادر العراقية السابقة.

(٢) المصادر السابقة جميعها. ولا بدَّ هنا من مراعاة النظريات الفقهية حول هذا الموضوع في أنَّه هل العبرة بالوصول والإعلام، أم بالإظهار فقط.

يراجع في ذلك: د. وليم قلادة، المصدر السابق ص (٩٤-١٣٢). وسيأتي تفصيلها في الفصل الثاني.

(٣) ويراجع في تفصيلات قواعد الإثبات: الأستاذ أحمد نشأت بك، رسالة الإثبات في التعهدات، طبعة خامسة، سنة ١٩٥٠ وغيرها.

العين أو غير ذلك حسب ما يقتضي به عرف كل مجتمع وعادتهم، وتكون هذه الإشارة مفهومة للطرفين.

فالاكتفاء بالإشارة المفهومة من الأخرس للتعبير عن رضاه محل اتفاق بين فقهائنا المسلمين[١]، فقد ذكر النووي وابن قدامة أنَّه لا خلاف في ذلك للضرورة[٢]. قال ابن نجيم: «الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء»[٣]. وقال النووي: «قال أصحابنا: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة، وبالكتابة بلا خلاف للضرورة... ويصح بها جميع عقوده وفسوخه كالطلاق والنكاح... قالوا: إشارته المفهومة كعبارة الناطق إلاَّ في صورتين، فيهما خلاف، وهما شهادته، وإشارته بالكلام في الصلاة حيث لا تبطل صلاته بها»[٤]. ثمَّ إنَّ الشافعية قسموا إشارته إلى إشارة صريحة مغنية عن النية، وهي التي يفهم منها المقصود كل من اطلع عليها، وإشارة كناية مفتقرة إلى النية وهي التي يختص بفهم المقصود بها الفطن الذكي دون الرجل العادي[٥].

ثمَّ إنَّ الإشارة ليست الوسيلة الوحيدة للأخرس للتعبير عن رضاه بل له الحق في استعمال الكتابة. لكنه قد ثار خلاف بين الفقهاء في المنزلة أو المرتبة التي تحتلها الإشارة هل هي الأولى فعلى هذا تكون الكتابة للأخرس تأتي في المرحلة الثانية، أمَّ أنَّ الكتابة تحتل المرتبة الأولى؟.

فذهب الجمهور إلى أنَّ الأخرس حر في التعبير عمَّا يجيش في قلبه سواء كان بالإشارة أم بالكتابة لكن الكتابة أولى. في حين ذهب رأي غير معتمد داخل المذهب الحنفي ورأي لبعض الشافعية إلى أنَّ التعبير بالإشارة للأخرس إنما تكون إذا لم يستطع على الكتابة[٦]. وذهب رأي آخر لبعض

(١) انظر في تفصيل هذه المسألة: بدائع الصنائع (٨١٤/٤)؛ وفتح القدير (٤٢/٣)؛ والأشباه لابن نجيم ص (٣٤٣)؛ ومواهب الجليل (٢٢٩/٤)؛ وبلغة السالك (١٦٦/٢)؛ والمجموع (١٧١/٩)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٣٨)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (١٦٤/١)؛ والمغني لابن قدامة (٢٣٩/٧)؛ والروض النضير (٤٢٦/٣)؛ وغيرها.

(٢) المجموع (١٧١/٩)؛ والمغني لابن قدامة (٢٣٩/٧)؛ والمصادر السابقة.

(٣) الأشباه لابن نجيم ص (٣٤٣).

(٤) الأشباه للسيوطي ص (٣٣٨)؛ والمصادر السابقة.

(٥) قواعد الأحكام للعز (١١٥/٢)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٣٨).

(٦) الأشباه لابن نجيم ص (٣٤٣)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٣٨).

وقال ابن الهمام في فتح القدير (٤٢/٣): «قال بعض الشافعية إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة، لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة. وهو قول حسن».

الشافعية إلى أنَّ إشارة الأخرس مقدمة على الكتابة[1]، لكن الراجح الذي يعضده الدليل تقديم الكتابة على الإشارة لمن عرف الكتابة سواء كان أخرس أو غيره، إذ دلالة الكتابة أقوى على المقصود وبيان الشروط وهذا مذهب جماعة من الفقهاء[2]، ويدل على ذلك أنَّ الرسول ﷺ كان استعمل الكتابة في التبليغ دون الإشارة ـ كما سبق ـ كما أنَّ جواز الكتابة لغير الأخرس هو مذهب جماعة كثيرة من الفقهاء ـ كما سبق.

وأما الإشارة لغير الأخرس ففيها خلاف بين الفقهاء: فذهب الحنفية إلى منع ذلك، بل عدم إلحاق غير الأخرس ممن اعتقل لسانه أو منع من الكلام به عند بعضهم قال ابن نجيم: «وأما إشارة غير الأخرس فإن كان معتقل اللسان ففيه خلاف، والفتوى على أنَّه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف، وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته مطلقاً إلَّا في أربع: الكفر والإسلام والنسب والإفتاء، كذا في تلقيح المحبوبي»[3]. قال ابن نجيم: ويزاد الطلاق إذا كان تفسيراً للمبهم كما لو قال: أنت طالق هكذا وأشار بثلاث»[4]. وفي تقديري أنَّ هذه الصورة الأخيرة لا تدخل في الإشارة المحضة وذلك لوجود لفظة «هكذا» فالقوة لها ويأتي دور الإشارة في توضيح المشار إليه فقط، ولهذا لو قال: «أنت طالق»، وأشار بثلاث لم تقع إلَّا واحدة وهذا ما ذكره ابن نجيم نفسه[5].

وأما المالكية فقد أجازوا التعاقد بالإشارة في المعاملات المالية والطلاق حتى وإن كان المتعاقد ناطقاً، لكنهم لم يجيزوها تعبيراً في النكاح، فقد ذكر الدردير أنَّ البيع ونحوه ينعقد «بما يدل على الرضا من قول، أو إشارة من الجانبين أو من أحدهما»[6] بل إنَّ الإشارة عندهم ـ كما يقول الحطاب ـ أولى بالقبول من المعاطاة[7].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤).

(٢) الأشباه لابن نجيم ص (٣٤٣)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٣٨)؛ ومغني المحتاج (٢/٧)؛ ونهاية المحتاج (٦/٢٠٨)؛ ومسالك الإفهام للشهيد الثاني الإمامي (٢/١٢).

(٣) الأشباه لابن نجيم ص (٣٤٤).

(٤) الأشباه والنظائر ص (٣٤٤).

(٥) المصدر السابق نفسه.

(٦) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/٣٤٣)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣)؛ وشرح الخرشي (٥/٥).

(٧) مواهب الجليل (٤/٢٢٩)، ونصه: «والإشارة أولى بالجواز من المعاطاة، لأنها يطلق عليها أنَّها كلام».

وكذلك الأمر في الطلاق[1]، وأما النكاح فقد قال الدردير وغيره: «ولا تكفي فيه الإشارة إلّا لضرورة خرس»[2].

وأما الشافعية فقد ألحقوا بالأخرس من اعتقل لسانه، وقالوا إشارة المعتقل لسانه المفهومة مقبولة[3]، لكنهم لم يعتدوا بإشارة الناطق في العقود مطلقاً سواء كانت مالية أم شخصية. لكن ذكر السيوطي وجهاً مرجوحاً لبعض الشافعية من أنَّ الإشارة بالطلاق كناية[4]، قال الزركشي: «إشارة الناطق القادر على العبارة لغو»[5]. وذكر الزركشي: أنَّه لو قال: أنت طالق هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث وقع طلاقه ثلاثاً[6]، لكن الأساس في هذه المسألة هو وجود: «هكذا ـ أي اللفظ» فعلى هذا لا تدخل في سلطان الإشارة المحضة للناطق، ولهذا إذا لم يذكر لفظ «هكذا» تكون صريحة[7].

وأمَّا الحنابلة فقد اعتدوا بإشارة الأخرس ولم يعتدوا بإشارة القادر على الكلام كتعبير عن الإرادة، وعلى هذا تشهد نصوصهم[8]. قال ابن قدامة: «وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه، فإن لم تفهم إشارته... قام وليه من الأب، أو وصيه، أو الحاكم مقامه»[9]، وقال أيضاً: «فأما القادر ـ أي على النطق ـ فلا يصح طلاقه بالإشارة، كما لا يصح نكاحه بها». ثمَّ ذكر تفريعاً على هذه المسألة فقال: «فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثاً، لأنَّ إشارته جرت مجرى نطق غيره، ولو قال الناطق: أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلَّا واحدة، لأنَّ إشارته

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/١٦٦).
(٢) المصدر السابق (٢/١٧).
(٣) الأشباه للسيوطي ص (٣٤٠).
(٤) المصدر السابق ص (٣٣٩).
(٥) لكنه ذكر مستثنيات أربعاً غير أنها في غير العقود بل في التحية، ورواية الحديث وإشارة مسلم إلى كافر فانحاز إلى صف المسلمين، وأن يقول أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث، فالإشارة في هذه الصور الأربع تقبل من الناطق أيضاً.
انظر المنثور في القواعد (١/١٦٦). وراجع: الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٣٩).
(٦) المنثور في القواعد (١/١٦٦)؛ الأشباه للسيوطي ص (٣٣٩).
(٧) الأشباه للسيوطي ص (٣٣٩).
(٨) الإنصاف (٤/٢٦٠ ـ ٢٦٤)؛ وحاشية الروض المربع (٤/٣٣٠)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢١٥)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦١، ٥٦٦)؛ وكشاف القناع (٥/٣٩).
(٩) المغني لابن قدامة (٣/٥٦٦، ٦/٥٣٤)؛ والروض المربع (٦/٢٤٩).

لا تكفي. . .»[1]. كما أنَّ الحنابلة حصروا صور التعبير عن البيع ونحوه في اللفظ والمعاطاة[2]، ومن هنا فإنَّ مذهب الحنابلة ليس كمذهب مالك كما ظن البعض[3] نعم إنَّ شيخ الإسلام ابن تيمية، والعلامة ابن القيم ذهبا إلى أنَّ العقود تنعقد بكل ما عدَّه الناس عقداً[4]. لكن قولهما هذا لا يمكن أن يسحب على المذهب الحنبلي، لأنَّ لهما أقوالاً خاصة خارج المذهب الحنبلي تعبر عن رأيهما فقط، حيث وصلا إليها من خلال اجتهاداتهما الخاصة[5].

وأما الزيدية والإمامية فهم كذلك اعتدوا بإشارة الأخرس، ونحوه، لكنهم لم يعتدوا بإشارة الناطق في العقود مطلقاً[6].

الخلاصة: اتضح مما سبق أن إشارة الأخرس كنطق غيره عند الفقهاء جميعاً، ولهذا أجرى بعضهم كالشافعية تقسيمات اللفظ عليها حيث قسموا إشارته إلى إشارة صريحة لا تحتاج إلى النية، ولا يقبل منها الرجوع وعدم إرادة الإنشاء بها، وإشارة كنائية تحتاج إلى النية. كما أنهم يكادون يتفقون على أن إشارة الناطق لا تقبل إيجاباً أو قبولاً في النكاح، وهذا ما عليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية، - كما سبق -، وإنما الخلاف في انعقاد العقود المالية، والطلاق بإشارة غير الأخرس فذهب المالكية إلى أن الإشارة فيهما كاللفظ، وذهب الجمهور إلى عدم صلاحيتها للتعبير عن الإرادة بالنسبة للناطق، وقد ضيق الحنفية في مفهوم الأخرس فلم يلحقوا به غيره ممن اعتقل لسانه لفترة محدودة، مع أن العلة وهي العجز عن الكلام متحققة فيه، كما أن في ذلك تقييداً لحريته - أي من اعتقل لسانه - وتعطيلاً لمصالحه ولا سيما إذا لم يعرف الكتابة، ثم إن الحنفية قد أجازوا بعض تصرفاته مثل إثبات النسب ونحوه

---

(١) المغني (٧/٢٣٨ - ٢٣٩).

(٢) المصادر السابقة جميعها.

(٣) د. سوار، التعبير عن الإرادة ص (٢٢١) فقرة (٢٣١)؛ و د. السيد نشأت، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (٨٩) فقرة (١٦٩).

(٤) القواعد النورانية ص (١٠/١١٥٠)؛ وأعلام الموقعين (١/٢١٨).

(٥) فقد ذكر الإمام النووي رحمه الله أنَّ أحد اتباع مذهب إذا اختار رأياً وصل إليه باجتهاده، فلا يسند هذا الرأي إلى صاحب المذهب.

يراجع تفصيل ذلك في المجموع (١/٦٧).

(٦) الروض النضير (٣/٤٢٦)؛ وشرائع الإسلام للحلي (٢/١٣)؛ ومسالك الإفهام (١/١٧٠).

بإشارته[1]، فهذه التفرقة تضعف في مسلكهم. ولذلك فالراجح هو مذهب الجمهور القاضي بأن العاجز عن الكلام ـ لأي سبب كان ـ كالأخرس.

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن هذا الخلاف في الإشارة بالأعضاء التي لم تصاحب العبارة، أما إذا صاحبت العبارة فلا خلاف في الاعتداد بها ـ كمبدأ ـ بل إذا اجتمعت مع التسمية تقدم الإشارة عليها في بعض الصور[2]، وذلك لأن تعريف الإشارة ـ كما يقول ابن عابدين ـ أقوى من التسمية، لما في التسمية من الاشتراك العارض فتلغو التسمية[3]، فلو قال شخص: زوجتك بنتي فاطمة هذه ـ وأشار إليها ـ وقبلها الخاطب انعقد العقد عليها وإن لم يكن اسمها فاطمة، وكذلك الأمر إذا أشار إلى عمرة فقال: يا حفصة: أنت طالق، وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى نداء حفصة طلقت عمرة وحدها، لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده[4]، وكذلك الأمر لو قال: «أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً، لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد وذلك يصلح بياناً[5].

الأدلة مع المناقشة والترجيح

استدل الجمهور في عدم قبول إشارة الناطق إيجاباً أو قبولاً بأن الإشارة لا تسمى كلاماً ولذلك لا يمكن أن تكون تعبيراً عن الرضا إلا للعاجز عنه ثم إن الإشارة لا تخلو عن احتمال غير الإنشاء، وتحول الملكية أو نحو ذلك من الآثار الشرعية لا يمكن أن يثبت بما فيه احتمال.

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بأن التعبير عن الإرادة لا ينحصر عند الحنفية والحنابلة في الكلام بدليل جوازهم انعقاد العقد بالتعاطي، فعلى هذا يلزم من إجازتهم هذه أن يجيزوا ذلك، وأما وجود الاحتمال في الإشارة فالجواب عليه هو أن كلامنا في الإشارة التي تفهم بوضوح لدى العاقد الآخر، والشهود إذا اقتضى العقد الشهادة، فإذا

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص (٣٤٤)، حيث قال: «وأما إشارة غير الأخرس... لم تعتبر... إلا في أربع: الكفر والإسلام، والنسب والإفتاء...».

(٢) حاشية ابن عابدين (٢/٢٨٢).

(٣) وهناك تفصيلات عند الحنفية في هذا الموضوع. يراجع لها: الأشباه لابن نجيم ص (٣٤٤).

(٤) فتح القدير (٢/٣٤٦)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٤٠)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٣٧)؛ وراجع مبحث الغلط ص (٨٠١) من هذه الرسالة.

(٥) المغني لابن قدامة (٧/٢٣٩).

عبر العاقد بإشارته المفهمة ودون لبس أو غموض فلا يبقى فيها احتمال فينبغي أن تقبل.

واستدل المالكية بأن الأساس في صحة العقود هو الرضا بالاتفاق بناء على الآيات والأحاديث الواردة في تشييد هذا الأساس ـ كما سبق ـ كما أنه لا يوجد نص صريح على اشتراط لفظ خاص بأي عقد من العقود، وإنما الاجتهادات منصبة على مدى دلالة كل وسيلة من وسائل التعبير على هذا الرضا الباطن، وإن مناط ذلك العرف الذي يحكم بأن اللفظ الفلاني يدل عليه، دون الآخر، فإذا كان الأمر كذلك فالإشارة لا تخلو من هذه الدلالة، وإن العرف جار في إثباتها لها، وحتى الفقهاء المانعون من دلالة الإشارة على الرضا لم يمنعوا دلالتها في أبواب الإيمان والنسب على الرضا بناء على العرف[1]، بل إنهم سموا الإشارة في بعض الحالات بالإظهار، قال الكاساني: «لو حلف لا أظهر سرك لفلان... فقال له الفلان: أكان من الأمر كذا؟ فأشار الحالف برأسه ـ أي نعم ـ فهو حانث لوجود شرط الحنث وهو إظهار السر إذ الإظهار إثبات الظهور وذلك لا يتوقف على العبارة بل يحصل بالدلالة والإشارة...»[2]. فالراجح الذي يدعمه الدليل هو أن يناط ذلك بالعرف، فتكون الإشارة المفهومة المعهودة عرفاً دليلاً على الرضا بالعقد، وذلك لأن الإشارة لا تقل دلالة من المعاطاة، فإذا كان أكثر الفقهاء ـ بما فيهم الحنفية ـ قد قالوا بصحة المعاطاة وهي مجرد إعطاء وأخذ، يلزمهم القول بصحة دلالة الإشارة التي هي حركة إيجابية لأن تكون جواباً لقول موجه إلى المشير إذن يكون العقد مكوناً من قول وإشارة فلا بد أن يقبل، ثم إن النبي ﷺ قد عبر عن بعض الأحكام الشرعية بالإشارة وفهم المقصود منها أصحابه مثل ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا، وقبض إبهامه في الثالثة»[3]. وفهم منه الصحابة أن الشهر يكون ثلاثين يوماً، ويكون تسعة وعشرين، فإذا كانت الإشارة صالحة في تبليغ أحكام الشرع فلماذا لا

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٦٨٥/٤).

(٢) بدائع الصنائع (١٦٨٥/٤).

(٣) أي أشار أولاً بأصابع يديه العشر جميعاً مرتين فتدل على العشرين وبـ«هكذا» الثانية إلى العشرة حيث نشر أصابع يديه العشر، ففهم منهما الصحابة أن الشهر يكون ثلاثين، ثم أشار بـ: «هكذا» الثالثة التي قبض معها إبهامه إلى التسعة فيكون مع العشرين تسعة وعشرين يوماً.
انظر الحديث في الصحيح البخاري مع الفتح، كتاب الصوم (١١٩/٤ ـ ١٢٦)؛ ومسلم، كتاب الصيام (٧٥٩/١ ـ ٧٦١)؛ ومسند أحمد (١٨٤/١)؛ وسنن أبي داود مع العون (٤٣٣/٦).

تكون صالحة في الدلالة على الرضا بالعقد، نعم إن الإشارة في الحديث مصاحبة للعبارة وهذا محل اتفاق ـ كما سبق ـ لكن ذلك لا يمنع من كون الإشارة قد دلت على معنى جديد لم يكن يفهم من اللفظ وحده، أو بعبارة أخرى أن الإشارة قد بينت اللفظ المبهم وأوضحته، إذن فما المانع أن تكون جواباً لسؤال، أو بياناً للرضا بالعقد يقول الكاساني: «الإشارة بالرأس عقب السؤال يثبت به ظهور المشار إليه فكان إظهاراً»[1]، فما دام الحنفية قد اعترفوا بأن الإشارة إظهار يلزمهم القول بانعقاد العقود بها ما دامت دلت من خلال القرائن على المقصود، إذ لا تحتاج في إنشاء العقد أيضاً لأكثر من إظهار رضاه بالتعاقد، ألا ترى أن السكوت المجرد قد قبله الفقهاء للدلالة على الرضا في بعض الصور، فيكون من الأولى قبول الإشارة التي هي عمل إيجابي وحركات مفهومة جرى عليها العرف، فإذا كان هناك غموض في بعضها فإننا إنما نعتد بها إذا كانت مفهومة للطرفين، وتحيط بها القرائن التي تخلع عليها ثوب الدلالة على الرضا بالمقصود، ثم إن العرف السائد لدى العرب قبل الإسلام ظل يستعمل الإشارة المجردة للدلالة على أمور كثيرة، منها أنهم كانوا إذا أرادوا أن يعبروا عن ثلاثة وخمسين أشاروا بوضع الإبهام على المسبحة فيفهم منها المقابل المقصود[2]. إذن فدلالة الإشارة شيء معهود جرى به العرف فلا ينبغي أن تترك في العقود المالية، أما النكاح فلما له من قدسية وخطورة فلا مانع من تقييده باللفظ بالنسبة للناطق.

* * *

المطلب الثاني
دلالة الإشارة على الرضا في القانون

اتفقت التشريعات الحديثة (المعنية)[3] على الاعتداد بالإشارة المفهومة للدلالة على الرضا، أو الرفض في العقود التي لا يشترط فيها شكل رسمي، أو نوع خاص من

---

(١) بدائع الصنائع (٤/١٦٨٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١/٥٣٤).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/٢١٨)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٦٩)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/١٠٢)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٢٤)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/١٩٤)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/١٨٨).

ويراجع: بلانيول وريبير (٦/١١٢)؛ ومارسيل، المصدر السابق (١٨١)؛ وجوسران، المصدر =

التعبير عنها، ولم تفرق هذه التشريعات بين الأخرس وغيره في حين أن القانون الروماني لم يكن يجيز إنشاء العقود بالإشارة حتى للأخرس[1].

وقد قسم الفقه الحديث الإشارة أيضاً إلى قسمين صريحة كإشارة الأخرس المتداولة عرفاً، وكذلك إشارة غيره التي تواضع الناس على أن لها معنى خاصاً، وهذا بلا شك معياره العرف المنتشر بين أهل كل بلد بعينه ـ ولا سيما التجار ـ فقد يكون نوع خاص من الإشارة مفهومة ومفهمة للدلالة على الرضا بالعقد في بلد معين دون آخر. وقد تواضع الناس الآن على أن هز الرأس عمودياً دليل على القبول، وهزها أفقياً، أو هز الكتف دلالة على الرفض[2].

وأما الإشارة الضمنية فهي كأن عرض على شخص بضاعة للشراء فيأتيه شخص آخر ويقول له: هل تبيعها لي بكذا فيشير إليه بهز رأسه عمودياً. فهذا الهز قبول صريح بالبيع بالنسبة للشخص الثاني، وقبول ضمني بالنسبة لقبوله الشراء من الشخص الأول، وهذا ما تبناه القانون المصري في مادته(٩٠) حيث نصت على أن: «التعبير عن الإرادة يكون... بالإشارة المتداولة عرفاً»[3]، والقانون العراقي في مادته (٧٩) على أنه «يكون بالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس»[4]، وكذلك الأمر في التشريع

= السابق بند (٤٣)؛ ومورانديه، المصدر السابق بند (٣٠٥)، وفهرس القانون المدني الفرنسي بند (٢٤).

ويراجع: شيتي، المصدر السابق ص (٢٥)؛ وولسون، المصدر السابق ص (١٥)؛ ووليستون، المصدر السابق (٢٦).

ويراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (١/٥٥)؛ ود. ذنون، محاضرات في القانون العراقي ص (١٨)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١/١٠٥)؛ ود. غني حسون طه، مصادر الالتزام (١/٩١)؛ والأساتذة الحكيم، والبكري، والبشير، المصدر السابق (١/٣٣).

(١) وقد ذكر جوستنيان في المتون (٣: ١٩، ٧): «ليس للأبكم إيجاب ولا قبول، ومثله الأصم، إذ ينبغي للموجب أن يسمع كلام القابل، وللقابل أن يسمع الموجب...»، فالإشارة ليس لها أي قيمة في القانون الروماني، ولا ينعقد بها أي عقد من العقود.

راجع: د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (١٢٥ ـ ١٢٦).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٢١٨).

(٣) ويراجع في شرحها: د. السنهوري، الوسيط (١/٢١٨)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق ص (٦٩).

(٤) د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/١٠٥)؛ والمصادر السابقة.

الفرنسي[1]، وأما القانون الإنجليزي فقد اعتد بالسلوك المعبر - ومن ضمنه الإشارة المفهمة الشائعة عرفاً - كتعبير عن الإرادة، وهي الطريق الطبيعي للتعبير عن الإرادة بالنسبة للأخرس، بل الطريق الوحيد له إن كان أمياً، ولكن هذا لا يعني اختصاصها بالأخرس، بل يمكن لغيره أن يعبر بها ما دامت شائعة في الاستعمال مفهومة للعاقد بوضوح[2].

المبحث الخامس
دلالة السكوت على الرضا في العقود

ويتوزع هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول
دلالة السكوت على الرضا في الفقه الإسلامي

يطلق السكوت في اللغة على الصمت، والسكون، وعدم الكلام ونحو ذلك[3] غير أن السكوت المطلوب هنا في عرف الفقهاء، والذي يمكن أن يكون تعبيراً عن الرضا: هو ليس الصمت المجرد عن كل قرينة، كما أنه ليس الصمت الذي صاحبه فعل من إشارة ونحوها بل هو: الصمت المطلق الذي تحيط به قرائن، فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد.

فالمراد بالصمت هو عدم الكلام، وبالمطلق أي الخالي عن مصاحبة أية حركة، فيخرج بهما عن التعريف الصمت الذي صاحبه فعل كالإشارة والإعطاء ونحوهما. وقولنا: «تحيط به قرائن» خرج به الصمت الذي لم تصاحبه أية قرينة للدلالة على إنشاء التعاقد فهو إذن موقف عدمي محض لا يمكن أن يكون دليلاً على الرضا بالعقد على الإطلاق، فالساكت الذي صمت لمجرد التفكر في نفسه، أو لعدم وجود أي حال أمامه لا يسند إليه شيء، وأن الرضا لا يمكن أن يفترض فرضاً مجرداً عن أي أساس، وهذا هو

(١) بلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٢/٦)؛ والمصادر السابقة.

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (١٥)؛ وانسون، المصدر السابق ص (٢٥)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٢٥)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢٦). وراجع: د. العطافي، بحثه السابق ص (٦٣).

(٣) القاموس المحيط (١٥٥/١)؛ والمصباح المنير (٣٠٠/١)؛ ولسان العرب، مادة (سكت).

المراد بالقاعدة الفقهية السائدة القاضية بأنه «لا يسند لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان» (المادة ٦٧ من المجلة)(١).

فالسكوت المطلوب هنا هو الذي صاحبته قرائن وظروف بحيث خلعت عليه ثوب الدلالة على الرضا، وإلا فلا يمكن أن يستشف عن السكوت المجرد تجرداً كاملاً عن القرائن الدلالة على الرضا، ثم إن السكوت ينحصر نطاقه في كونه دليلاً على القبول، إذ أن طبيعته تأبى عليه أن يكون دالاً على الإيجاب، ومن هنا إذا أردنا أن نعرفه تعريفاً خاصاً فهو أن السكوت هو: عدم الرد على الموجب لا بقول، ولا بفعل، ولكن يفهم منه الرضا من خلال القرائن التي تحفه.

هذا وقد اتفق الفقهاء جميعاً على أن سكوت الرسول ﷺ حينما يرى فعلاً أو قولاً، أو يسمعه حجة، وهو المسمى بالتقرير في عرف المحدثين(٢). قال الزركشي: «السكوت ضربان: الأول: أن يكون بمجرده ينزل منزلة التصريح بالنطق في حق من تجب له العصمة ولهذا كان تقريره ﷺ من شرعه، وكان الإجماع السكوتي حجة عند الكثيرين، لأنه نازل منزلة النص...»(٣).

وأما السكوت كدليل على الرضا في العقد فقد اختلف فيه الفقهاء، فنحن نذكر نصوصهم بإيجاز، ثم نذكر الخلاصة مع الأدلة والمناقشة والترجيح.

---

(١) وقد كان الإمام الشافعي قد أطلق القول بأن الساكت لا ينسب إليه قول، واستثنى مسألة البكر، ثم استثنى أصحابه مسائل أخرى.

فلتراجع في مسائل السكوت للشيخ العلامة إبراهيم بن عمر السوبيني من علماء القرن التاسع الهجري، مخطوطة بمكتبة الأوقاف العراقية برقم (٣٥٢٩).

ويراجع في هذه المسألة: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥٤)؛ وشرح المنار لابن ملك ص (٢٤٠)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢٧)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٢/٢٠٥)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٥٨)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٤٩٣)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٤٤٤)؛ وتذكرة الفقهاء للحلى (٧/٩)؛ والروض النضير (٤/٢٨)؛ وشرائع الإسلام (٢/١٠).

ويراجع أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج، دور االسكوت في التصرفات القانونية، ط. المدني ١٤٠٠ هـ؛ ود. وحيد الدين سوار، المصدر السابق ص (٢٦٤)؛ والأستاذ السنهوري، مصادر الحق.

(٢) انظر تدريب الراوي ص (١٨٠)؛ والباعث الحثيث ص (٤٤). ويراجع المصادر السابقة.

(٣) المنثور في القواعد (٢/٢٠٥).

ولقد لخص ابن نجيم موقف الحنفية من السكوت وجمع المسائل التي يعتد فيها به فبلغت تسعاً وثلاثين مسألة حيث قال: «لا ينسب إلى ساكت قول. . . وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق»[(1)] ونحن نذكر منها ما يتعلق بموضوعنا بإيجاز وهي: أن سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج وبعده إذن[(2)]، وسكوت المتصدق عليه قبول، وسكوت المالك عند قبض الموهوب له، أو المنصدق عليه إذن، وسكوت الوكيل قبول، ويرتد برده، وسكوت المقر له قبول ويرتد برده، وسكوت المفوض إليه قبول للتفويض، وله رده، وسكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده، وقيل لا. وسكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً قبول، وسكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين الغانمين رضا، وسكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري مسقط لخياره، وسكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن بقبضه صحيحاً كان البيع أم فاسداً، وسكوت الشفيع حين علم بالبيع مسقط للشفعة، وسكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري إذن في التجارة، وسكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته إقرار به فلا يملك نفيه، والسكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً عند الصاحبين وعند الإمام إذا كان فاسقاً لا يكون رضا. وسكوت السيد عن عبده البالغ الذي يباشر البيع رضا به، فيصح البيع، وسكوت الشخص عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له، هذا ما أفتى به مشائخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى. وكذلك إذا ادعى شخص أن الأرض الفلانية له، ثم باعها آخر، وتصرف المشتري فيها وهو ساكت فيكون سكوته هذا مسقطاً لدعواه، وإقراراً بأنها ليست له، وكذلك سكوت أحد شريكي العنان إذا قال له صاحبه: إنى اشترى الشيء الفلاني لنفسي رضا فيسقط حقه في الشركة فيه، وكذ لك الأمر إذا سكت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين: إني أريد شراءه لنفسي، فشراه كان له، وسكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشتري إذن، وسكوت الأب عند دفع زوجته أشياء من أمتعته لبنتهما في تجهيزها رضا حتى ليس له حق الاسترداد، وكذلك إذا أنفقت الأم في جهازها ما هو المعتاد فسكت الأب لم تضمن الأم، وسكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن[(3)]، وكذلك سكوت الصغيرة المتزوجة بالنسبة لخيار البلوغ مسقط

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥٤ ـ ١٥٦)، حيث ذكر بأن ثلاثين مسألة منها مذكورة في جامع الفصولين وغيره ثم قال: «وزدت ثلاثاً، اثنتين من القنية»، ثم زاد البقية حتى وصلت ٣٧ مسألة.
(2) يراجع فتح القدير (٢/٣٩٨).
(3) يراجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥٤ ـ ١٥٦)، ويراجع: فتح القدير (٢/٩٨. . .).

لحق الفسخ فيكون رضا بالنكاح[1]. وهناك أمثلة أخرى ذكرتها كتب الفقه الحنفي، وقننتها مجلة الأحكام العدلية التي أخذت بالراجح في المذهب الحنفي، منها السكوت في عقد الإيجار حيث نصت في مادتها (٤٣٨) على أن: «السكوت في الإجارة يعد قبولاً ورضاء...» وقد مثلت لذلك بمثالين أحدهما أن يستأجر رجل محلاً في الشهر بخمسين قرشاً، ثم قال له المؤجر في رأس الشهر: إن رضيت بستين قرشاً فاسكن، وإلا فاخرج، فسكت المستأجر، واستمر ساكناً يلزمه إعطاء ستين قرشاً، وثانيهما: أن يقول المستأجر: أبقى فيه بثمانين قرشاً وسكت المؤجر دون أن يخرجه فهذا رضا بإيجاره إياه بالقدر المذكور[2]. ومنها الكفالة حيث نصت المادة (٦٢١) من المجلة على أنه «تنعقد الكفالة، وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له...». فعلى هذا فإن سكوت المكفول له قبول، ولذلك إذا لم يرض بها يردها[3]، وكذلك الأمر في الإسقاطات حيث تثبت بالسكوت، ويحتاج ردها إلى اللفظ، فقد نصت على أنه: «لا يتوقف الإبراء على القبول، ولكن يرتد بالرد... في المجلس[4]. وأيضاً إذا أبرأ المحال له المحال عليه، أو الدائن الكفيل ورد ذلك المحال عليه، أو الكفيل فلا يكون الإبراء مردوداً»[5].

وقد اتفق الفقه المالكي مع الفقه الحنفي في كثير من هذه الأمثلة فقد اعتبر أيضاً سكوت البكر رضا[6]، وكذلك يكتفي بسكوتها في تفويضها وليها في تولي عقد النكاح إذا كانت حاضرة[7]. وكذلك الأمر إذا سكت من وجبت له الشفعة ولم يقم بها حتى مضى عام ـ وعند بعضهم شهران ـ من يوم علمه ولم يمنعه مانع مشروع فإن سكوته رضا بإسقاط حقه في الشفعة[8]. وكذلك الأمر في الحوالة بالنسبة للمحال عليه حيث يكتفي بسكوته، ولا يشترط صدور لفظ أو نحوه منه، بل يشترط حضوره وإقراره

---

(١) فتح القدير مع شرح العناية (٣٩٨/٢، ٤٠٣، ٤٠٩)؛ وبدائع الصنائع (١٣٥٤/٣).

(٢) يراجع مجمع الأنهر (٣٦٧/٢ وما بعدها)؛ والفتاوى الهندية (٤٠٩/٤...).

(٣) الفتاوى الهندية (٢٥٢/٣).

(٤) يراجع: فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (٢٥٧/٣).

(٥) يراجع: الفتاوى الهندية (٢٥٢/٣، ٢٩٥).

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي. (٢٢٧/٢)؛ وبلغة السالك (٣٨/٢)؛ والقوانين الفقهية ص (١٧٢)؛ وشرح الخرشي على المختصر (١٧٩/٣).

(٧) شرح الخرشي (١٨٣/٣).

(٨) شرح تحفة الحكام لابن ميارة (٤٦/٢).

بالدين فقط[1] وهكذا لو تتبعنا الأمثلة السابقة لنجد الفقه المالكي قد اعتبر السكوت في كثير منها رضا، بل إن تصرف الزوج لزوجته في مالها وهي عالمة ساكتة، أو لإخوته كذلك محمول على التوكيل فيمضي فعله[2].

وأما الشافعية فقد اعتنوا بهذه المسألة كثيراً، فعلى الرغم من أن الإمام الشافعي أطلق القول بأن الساكت لا يسند إليه قول[3] إلا في مسألة البكر حيث يعتبر صمتها رضاها إلا أن أصحابه قد جمعوا المسائل المستثناة المتناثرة في الفروع والجزئيات جمعها بعض أصحابها في ست صور، فجاء العلامة جلال الدين البلقيني فجمع المسائل التي يعد السكوت فيها بمثابة القول فبلغت عشرين مسألة، ثم جاء بعده العلامة إبراهيم بن عمر السوبيني الشافعي فألف فيها تأليفاً خاصاً، فزاد عليها مسائل كثيرة في العبادات والمعاملات وبقية التصرفات الشرعية، ومن هذه المسائل: أنه لو أتلف مكلف الوديعة، والمودع عنده ساكت مع القدرة على دفعه يكون ضامناً، وينزل سكوته منزلة الإذن في الإتلاف[4]، ومنها: لو باع العبد البالغ والسيد ساكت صح البيع[5]، ومنها: إذا أحيا أرضاً ميتة ونوى جعلها مسجداً صارت بالنية وقفاً[6]، ومنها: إن سكوت العاقل البالغ في النسب كالإقرار به[7]. ومنها: إذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فوضعته بين يديه طلقت، وإن لم يقبضه ويملكه، وإن لم يقبل ولم تأذن له[8]. ومنها: أن العارية والوكالة يكفي فيهما لفظ أحدهما مع فعل الآخر. ومنها: ما إذا ادعت زوجية رجل أو عكسه، وسكت ثم ماتت ورثها في وجه، ومنها إذا نوى المودع الخيانة لم تقبل دعواه والتلف ولم يصر ضامناً في الأصح[9]. وقد ذكر الزركشي

---

(١) الشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/٦٦١).

(٢) المصدر السابق (٢/٧٢٠).

(٣) قال الزركشي: «وحيث قلنا: لا ينسب له قول فلا ينسب له فعل». المنثور في القوادع (٢/٢٠٩).

(٤) المنثور في القواعد (٢/٢٠٧).

(٥) المنثور في القواعد (٢/٢٠٧)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٥٨).

(٦) مسائل الساكت ورقة (٣ ـ أ ـ).

(٧) المنثور في القواعد للزركشي (٢/٢٠٩)، ونقل عن ابن الصباغ تعليل ذلك بقوله: «وإنما أقاموا السكوت في النسب مقام النطق، لأن الإقرار على الأنساب الفاسدة لا يجوز، ومنهم من شرط في ذلك أن يتكرر الحال».

(٨) مسائل الساكت ق (٣ ـ ب ـ)، وأسندها إلى جلال البلقيني.

(٩) المصدر السابق نفسه.

والسوبيني خلاصة المذهب الشافعي في مسألة السكوت فقالا: «إن الساكت مع علمه بالمسكوت عليه على أربعة أقسام:

أحدها: ساكت ينزل سكوته منزلة نطقه قطعاً كسكوت البكر في الإذن بالنكاح إذا استأذنها الأب أو الجد.

ثانيها: ساكت ينزل سكوته منزلة نطقه على الأصح كسكوت البكر إذا استأذنها بقية العصبة، أو الحاكم في النكاح.

ثالثها: لا ينزل منزلة النطق قطعاً كما لو سكت عن قطع عضو منه، أو إتلاف شيء من ماله من غير فعل منه لا يسقط ضمانه، وكذا لو استؤذنت الثيب في النكاح فسكتت فلا أثر له.

رابعها: ما لا ينزل منزلة النطق على الأصح، كما إذا حمل أحد المتابعين من مجلس الخيار وأخرج ولم يمنع من الكلام لم يبطل خياره على الأصح، وكما لو استؤذنت البكر في أقل من مهر مثلها، أو في غير نقد البلد فسكتت لم يكن إذناً، لأنه مال. قال الزركشي: «فلا يكفي سكوتها كبيع مالها، قاله صاحب البيان، وهو ظاهر، ولكن كلام البغوي في فتاويه يقتضي الاكتفاء به»[(1)]».

ثم إن العلّامة السوبيني أراد أن يضبط المسائل التي ذكرها غيره في السكوت الذي يعتبر رضا ـ ببعض ضوابط دقيقة فقال: «اعلم إني تأملت هذه الجملة التي ذكرها الشيخ جلال الدين رحمه الله فوجدتها لم تجيء على نهج واحد، وإنما هي ناشئة عن أصول خمسة:

أحدها: إنسان ساكت ما قال قولاً، ولا فعل ونوى نية غير أنه عرف شيئاً وسكت عليه فنسب إليه قول، وهذا أعلاها، والذي يوجد في كلامه على هذا الأصل خمس صور لا غير وهي: مسألة البكر، والهدنة ـ بالنون، والنكول، والإقرار بالزوجية، والجزية.

ثانيها: ما قال قولاً، ولا فعل فعلاً، ولكن نوى نية فنسب إليه قول، والذي يوجد في كلامه على هذا الأصل مسألتان لا غير: إذا نوى جعل شاة ضحية، وإذا نوى الخيانة في الوديعة.

ثالثها: ما قال قولاً، ولا نوى نية، ولكن فعل فعلاً فنسب إليه قول، والذي يوجد في

---

(١) المنثور في القواعد (٢/٢٠٩).

كلامه على هذا الأصل عشر صور لا غير، وهي: مسألة الضيافة، والقصار، والطلاق، والهدية ـ بالياء ـ، والعارية، والغصب، والمعاطاة، ووطء البائع جاريته، ووطء الرجعية، والفدية.

رابعها: ما فعل فعلاً ولكن قال قولاً فنسب إليه قول آخر، والذي يوجد في كلامه على هذا الأصل مسألتان لا غير: الخلع والقراض.

خامسها: ما قال قولاً ولكن فعل فعلاً ونوى نية فنسب إليه قول، والذي يوجد في كلامه على هذا الأصل مسألة واحدة لا غير وهي مسألة الإحياء»[1].

ولا يختلف الأمر كثيراً في هذا الأمر المذهب الحنبلي حيث اعتبر سكوت البكر رضا[2]، وكذلك سكوت من وجبت له الشفعة بعد علمه بالبيع إسقاط لحقه[3]، وكذلك إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم صحت الإجارة عند القاضي، وليس كلامنا فيه ولكن ذهب الخرقي إلى أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالسكوت والتلبس به[4]. وقد ردد الحنابلة القاعدة المشهورة في أن الساكت لا يسند إليه قول إلا في أماكن يسيرة قال ابن قدامة: «إن اللسان هو المعبر عما في القلب، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض»[5].

وأما الظاهرية فقد حصروا نطاق السكوت كتعبير عن الرضا في موضعين ذكرهما ابن حزم بقوله: «والسكوت ليس رضا إلا من اثنين فقط:

أحدهما: رسول الله ﷺ المأمور بالبيان الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه، ولا من خلفه، الذي لا يقر على باطل، والذي ورد النص بأن ما سكت عنه فهو عفو جائز. . .

والثاني: البكر في نكاحها للنص الوارد في ذلك فقط، وأما كل من عدا ما ذكرنا

---

(١) مسائل الساكت ورقة (٥٥٤).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/٤٩٣)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٢٦٠).

(٣) حيث ذكر ابن قدامة أن الشفيع لا يملك الشقص إلا بلفظ دال عليه، إذن فإذا سكت فقد سقط حقه. انظر: المغني لابن قدامة (٥/٣٢١).

(٤) المغني لابن قدامة (٥/٤٤٦).

(٥) المغني لابن قدامة (٦/٤٩٣).

فلا يكون سكوته رضا حتى يقر بلسانه بأنه راضٍ به منفذ. . . »[1].

وأما الزيدية والإمامية فقد ذهبوا إلى اعتبار السكوت رضا في البكر عند تزويجها[2]، وقد ذكروا مسائل أخرى اعتدوا فيها بالسكوت استثناء مثل ما ذكره الإمامية بخصوص التخيير في الطلاق قال الحلي: «ولو خيرها وقصد الطلاق، فإن اختارته أو سكتت ولو لحظة فلا حكم. . . »[3]، مما يدل على أن السكوت بمثابة النطق بالتخيير، وغير ذلك لكنهم صرحوا بأن سكوت المالك مع العلم، أو مع حضور العقد فيما لو باعه أحد بحضوره لا يكفي «حيث إن لم يصح بالإجازة فله انتزاعه من المشتري»[4].

الخلاصة مع الأدلة

لقد تبين لنا من خلال هذا العرض أن الفقهاء المسلمين مجمعون على أن السكوت ـ من حيث المبدأ ـ ليس من وسائل التعبير عن الرضا، وأن الساكت لا يسند إليه قول، واتفقوا كذلك على أن لهذه القاعدة استثناءات لكنهم اختلفوا في مدى التوسع فيها فذهب جمهورهم إلى التوسع فيها حيث بلغت عشرات المسائل ـ كما سبق ـ بل صاغوا من الاستثناءات قاعدة عامة وهي أن السكوت في معرض الحاجة بيان، ومن هنا فما ذكروه من الأمثلة ـ على الرغم من كثرتها ـ ليس للحصر، وإنما من باب التمثيل والتوضيح. ثم إن المتعمق في هذه الأمثلة يجد أن دلالة الرضا فيها لم تؤخذ من السكوت المجرد عن كل قرينة بل أخذت منه حينما صاحبته قرائن وظروف وملابسات بحيث خلعت عليه ثوب الدلالة على الرضا، وهذه الملابسات والقرائن بعضها داخلي نابع من غرائز الإنسان وطبيعته وظروفه الاجتماعية، كحياء البكر حيث تستحي أن تفصح عن رغبتها في الزواج ولكن لا تخجل عن إبداء رفضها له. يقول المرغيناني: «لأن جنبة الرضا فيه راجحة، لأنها تستحي عن إظهار الرغبة، لا عن الرد. . . »[5]. وقال ابن الهمام: «والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال»[6]، كما أن

---

(1) المحلى لابن حزم (٩/٤٤٤).

(2) الروض النضير (٤/٢٢٤)؛ والبحر الزخار (٤/٢٨)؛ ووسيلة النجاة (٢/٣٦٠ ـ ٣٦١)؛ وشرائع الإسلام للحلي (٢/١٠).

(3) شرائع الإسلام (٣/٥٦).

(4) شرائع الإسلام للحلي (١/١٦٥).

(5) الهداية مع فتح القدير (٢/٣٩٨).

(6) فتح القدير (٢/٣٩٨).

للعرف هنا دوراً بارزاً في تعيين سكوت للرضا دون آخر، فقد جرى بأن البنت إذا سكتت عند عرض أبيها أمر النكاح عليها اعتبر ذلك رضاً نظراً لجدية عقد النكاح وعدم الهزل فيه، ولهذا إذا استأذنها غير وليها لا يعتبر سكوتها رضاً، لأنه يكون في الغالب لقلة التفاتها إلى كلامه، وعدم اهتمامها به بخلاف الولي[1]، وللسبب نفسه تعذر إذا ادعت أن سكوتها كان عن جهل كونه دليل على الرضا عند الكثيرين[2]، وللسبب السابق ـ وهو حياء البكر والعرف القاضي به ـ لم يعتبر الشرع سكوت الثيب رضا بل اشترط النطق، وكذلك الأمر بالنسبة للمتصدق عليه وكل ما فيه نوع من المنة والتطوع حيث إن للحياء فيه دوراً بارزاً بحيث يستحي الإنسان من إظهار القبول، لكنه لا يستحي من إظهار الرفض، وكذلك الأمر في كل ما فيه مصلحة للمعروض عليه كالكفالة، والضمان والوكالة.

وقد تكون القرائن التي تلابس السكوت فتجعله دالاً على الرضا مظاهر خارجية محسوسة كرؤية السيد عبده يبيع ماله فهذا إذن لأنه لو لم يرض به لبادر إلى رفضه ومنعه ولا سيما فعبده تحت تصرفه، وكرؤية شخص يدعي ملكية عقار فيأتي شخص آخر يدعي هو الآخر ملكيته فيبيعه، فيسكت الأول دون مانع فهذا دليل على رضاه، وإسقاط لحقه في المطالبة[3].

وأما الظاهرية ـ كعادتهم في التوقف عند ظاهر النص ـ فلم يعتدوا بالسكوت كدليل على الرضا إلا في المسألتين السابقتين، ومن هنا يمكننا القول بأن الفقهاء قد اتفقوا جميعاً على اعتبار السكوت دليلاً على الرضا في الجملة ويعود سبب اتفاقهم في مسألة سكوت النبي ﷺ إلى اتفاقهم على عصمته وأنه لا يقر أحداً على الباطل. وأما اتفاقهم على اعتبار سكوت البكر رضا فيعود إلى ورود أحاديث صحيحة مشهورة بهذا الخصوص فقد روى مسلم، وأصحاب السنن بسندهم مرفوعاً أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها»[4]. وفي رواية صحيحة

---

(١) فتح القدير (٢/٣٩٩)؛ والمصادر السابقة.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٢٢٧)؛ وشرح الخرشي (٣/١٧٩)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٧١)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٤٩٣).

(٣) يراجع أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (٤٧ ـ ٤٨).

(٤) صحيح مسلم (٢/١٠٣٧)؛ والموطأ لمالك ص (٣٢٥)؛ ومسند أحمد (١/٣٤١، ٢/٢٥٠، ٢٧٩)؛ وسنن الترمذي مع التحفة (٤/٢٤٠)؛ والنسائي (٦/٦٩)؛ وابن ماجه (١/٦٠١)؛ والدارمي (٢/٦٢). ويراجع: تلخيص الحبير (٢/١٦١).

أخرى رواها البخاري ومسلم عن أبي هريرة بلفظ «لا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله: كيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[1]. والذي يظهر لنا رجحانه أن حل الأموال والأبضاع إنما يتم إذا كان هناك دليل واضح مفهوم على رضا صاحب الشأن فيها، فإذا تم الوصول إلى هذا الرضا بشكل واضح ومفهوم فقد حصل المقصود وتم المراد، فقد أعطت الأحاديث السابقة الضوء الأخضر للفقهاء بأن السكوت قد اعتد به الشرع في إذن البكر فلا مانع إذن أن تقاس عليه المسائل التي تشبه هذه المسألة، ولا سيما في الحقوق والمرافق، كحق الشفعة، واستمرار الإيجار، وإثبات ما فيه المنفعة للمعروض عليه كسكوت المتصدق عليه والمكفول، والمحال عليه ونحو ذلك، أما أصل النكاح فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لماله من خطورة وقدسية، وأما في العقود المالية فلا يزال الأصل فيها هو أنه لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، والذي يعين السكوت على أداء هذا الدور هو القرائن التي تحيط به والظروف التي تلابسه وأن المرجع في الحكم على ذلك هو العرف.

المطلب الثاني
دلالة السكوت على الرضا في القانون

يطلق السكوت[2] في الفقه الوضعي على الموقف السلبي الذي يتخذه من يوجه إليه الإيجاب، ويقصد بالموقف السلبي: عدم الإجابة على السائل أو المنشىء لا بقول، ولا بفعل، أي لا بلفظ، ولا كتابة، ولا إشارة.

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب النكاح (١٩١/٩)؛ وصحيح مسلم كتاب النكاح (١٠٣٧/٢).

(٢) ذكر أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج في كتابه القيم، دور السكوت في التصرفات القانونية، ط. مطبعة المدني بالقاهرة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ص (١١ وما بعدها)؛ عدة تعاريف للسكوت وأسندها إلى أصحابها، ومنها تعريف الأستاذ (ماري جوزيه) في رسالته الدكتوراه من جامعة ستراسبورج سنة ١٩٦٩، في السكوت وتكوين العقود ص (٢) حيث عرفه بأنه: «عدم الكلام، أو الكتابة، أو هو عدم إتيان فعل أو القيام به».

ويراجع في تفصيل مسائل السكوت بالإضافة إلى هذين المصدرين السابقين: د. السنهوري، الوسيط (٢٨١/١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٨٤) بند (٤٥)؛ ود. جميل الشرقاوي، المصدر السابق (٢٧٣/١)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٢٧)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٢٠٧/١)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (٢٢٤/١)؛ وإسماعيل غانم، مصادر الالتزام بند (٥١).

ويراجع: مارسيل، المصدر السابق (بند ١٨٤)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٦/٦)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٥).

وهذا التعريف الذي أوردناه شامل لمطلق السَكوت ـ كما هو الشأن في التعاريف التي يذكر فيها التعريف العام ثم يعرج فيه نحو النوع الخاص المراد. فهو جامع لكل أنواع السكوت. أي السكوت الدال على الرضا بما عرض عليه والسكوت الدال على الرفض، والسكوت المجرد الذي لا يستشف منه أي دلالة، والمطلوب في بحثنا هنا السكوت الذي تحيط به ظروف وقرائن تخلع عليه ثوب الدلالة على الرضا سواء اتخذت هذه الظروف شكل قرائن ملابسة للسكوت، أو وصف له، وذلك لأن مجرد سكوت شخص دون وجود أي ظرف خاص أو قرينةٍ عدمٌ محض لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر قانوني. فعلى هذا يمكن أن نعرف السكوت ـ الذي يكون تعبيراً عن الرضا ـ المسمى في الفقه الإسلامي بالسكوت في معرض الحاجة، وفي الفقه الوضعي بالسكوت الملابس أو المسبب ـ بأنه: عدم الرد على الموجب لا بقول، ولا بفعل لكن يستشف منه الرضا بما عرضه عليه من خلال القرائن: ومن هذا التعريف يظهر بوضوح تمييز السكوت عن التعبير الضمني أو غير المباشر الذي يعني اتخاذ وضع إيجابي لا يمكن تفسيره إلا برضاه بالعرض في حين أن السكوت هو وضع عدمي كان الأصل فيه هو أن العدم لا يدل على شيء، أو بعبارة أخرى: «أن السكوت ليس تعبيراً عن الإرادة، ولا يعتبر إرادة ضمنية، لأن التعبير الضمني يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه، أما السكوت فهو عدم، والعدم لا يدل على شيء.. فقد يركن إلى السكوت رغبة في التروي، لأنه لا يروقه ولا يريد أن يجشم نفسه مؤونة رفضه»[1]. وكذل يتميز السكوت عن الإيجاب المستمر كعرض البضاعة مع بيان ثمنها أمام الجمهور، وذلك لأن العرض عمل إيجابي بل هو إيجاب مباشر ومستمر والسكوت عمل سلبي.

ويظهر من هذا التعريف أيضاً أنَّ السكوت لا يتصور أن يكون دالاً على الرضا بالعقد إلاَّ حينما يوجه إلى الساكت تعبير دال على إنشاء أثر قانوني، أو بعبارة أخرى لا يمكن أن يكون السكوت إيجاباً، وذلك لأنَّ الإيجاب عرض موجَّه يتضمن تحديد المسائل الجوهرية من شخص لآخر، وهذا ما ليس للسكوت من الوصول إليه، لأنَّه موقف سلبي فقط، فعلى هذا فصلاحية السكوت للدلالة على الرضا تنحصر بالنسبة للقابل، وهو في ذلك ليس في حل من قيد، بل إنَّما يصلح إذا كان معبراً عن الرضا من خلال الظروف والقرائن المحيطة به.

وقد يثور التساؤل حول ما: إذا كان السكوت هو العدم، وأنَّ دلالته مستفادة من

---

(١) د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٨٤ بند ٤٥). وراجع: في نفس المعنى د. إسماعيل غانم، المصدر السابق بند (٥١).

الظروف التي تحيط به، والقرائن الدالة عليه، فلماذا أعطيت الدلالة للسكوت وليست للقرائن والظروف المحيطة به؟ أو بعبارة أخرى: كان من الأولى حينئذٍ أن يقال: إنَّ السكوت ليس دليلاً على الرضا، وإنما الذي يدل على الرضا هو وجود هذه الظروف والقرائن، فمثلاً من عرضت عليه بضاعة من قبل شخص كان معه علاقة تعاقدية، ولم يرد عليه اعتبر سكوته رضا (المادة ٩٨ م م) لوجود هذه العلاقة القانونية، فالأولى - على ضوء الاعتراض - أن يقال: إنَّ الدلالة على الرضا لم تؤخذ من السكوت، وإنَّما استشفت من العلاقة التجارية السابقة، أو بعبارة أخرى فإنَّ رضاه مستفاد من الاستمرارية، أو على لسان الفقهاء بالاستصحاب على الحالة السابقة، أو القياس على الحالة السابقة، وهكذا بالنسبة للعرف القاضي باعتبار السكوت في بعض التصرفات رضا، فالدلالة مستفادة من العرف، وهكذا الأمر بالنسبة للأحوال التي يعتد فيها القانون بالسكوت؟.

للجواب عن ذلك نقول: إنَّ الرضا شيء داخلي ذاتي للإنسان ومرتبط به، إذن فلا يمكن استشفافه إلَّا من خلال أموره الذاتية المتصلة به، ففعل الغير لا يمكن أن يكون تعبيراً عن رضا الآخر مهما كان، لكن يمكن أن يكون قرينة توصلنا إلى رأس الخيط الموصل إلى الرضا، ومن هنا اعتبر في بعض الأحوال سكوت الشخص الذي هو صفة ملتصقة به - وإن كانت عدمية - دليلاً على رضاه.

ومن جهة أخرى أنَّ السكوت حينما تلابسه هذه القرائن لا يبقى - في تقديري - عدماً محضاً، بل يتكون له وجود وإن كان معنوياً، فالسكوت هو عدم القول والفعل الظاهري، وليس عدم الوجود البتة، إذن لا يلزم منه أنَّه عدم محض، إذ السكوت مع وجود هذه القرائن يتكون له وجود معنوي يجعله صالحاً لأن يكون علامة على ما في القلب من رضا وإرادة.

هذا، وقد وقع بعض الفقه[1] في خلط حينما أطلق القول بأنَّ: «السكوت هو العدم، وأولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض، لا القبول»، فقد ربط بين كونه عدماً وبين دلالته على الرفض ورتب الثاني على الأول، في حين أنَّ العدم المحض لا يترتب عليه دلالة على الرفض، أو القبول. كما أننا لا نسلم أنَّ رفض الإيجاب مترتب على السكوت المحض، بل إنَّ القضية تعود إلى أنَّ من يوجه الإيجاب إلى ساكت لا يستطيع أن يدخل الملك أو المنفعة - أو أي حق آخر - في ملك أحد إلَّا برضاه فلا

---

(١) الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/٢٨١ بند ١١٢).

يحصل للإنسان التزام إلَّا بما التزم به هو شخصياً، فالذمة خالية إلى أن يلتزم صاحبها أو يفعل شيئاً يترتب عليه حق.

وأياً ما كان فإنَّ المبدأ الذي استقر في التشريعات الحديثة هو أنَّ السكوت ليس تعبيراً عن الرضا لكن هذا المبدأ له استثناءات تتسع أو تضيق حسب نظرات التشريعات المختلفة، بالإضافة إلى أنَّ هناك بعض عقود ليس للسكوت إليه من سبيل قطعاً مهما كانت الظروف والقرائن، وهو العقود التي اشترط القانون أو المتعاقدان أن يكون التعبير عنها صريحاً أو بالكتابة، أو مفرغاً في شكل خاص.

ومع كل ذلك فالسكوت ـ كما يقول بلانيول وريبير ـ له دور معين لا ينكر في الحياة القانونية، ولذلك يعطيه القانون في بعض الأحيان قيمة قانونية مثل حالة التجديد الضمني بالنسبة للمؤجر، ولكن في غياب ظروف خاصة فإنَّ السكوت ليس إلَّا معنى مشكوكاً فيه[1]، كما أنَّه مهما جرينا بعيداً وراء الرضائية وتخلينا عن الشكلية لكن ذلك لا يوصلنا إلى اعتبار السكوت كدليل على الرضا كمبدأ وذلك لأنَّ الرضا لا يفترض بل لا بدَّ من وجوده فعلاً، كما أنَّه لو فتح هذا الباب لأدَّى إلى الفوضى وعدم الاستقرار وكثرة المنازعات، بل وأذى الناس، فمثلاً من بعث بخطاب إلى آخر، أو بعث إليه أمواله سواء حدد له وقتاً أو لم يحدد، وسواء اعتبر عدم الرد عليه بمثابة القبول أولا فلا يعتبر سكوته المجرد دليلاً على الرضا، ولا يجوز لنا أن نلزمه بالرد على خطابه أو رد أمواله، وذلك لأنَّ الساكت غير مسؤول عمَّا يفعله الآخر عن اختياره فهو وحده يتحمل تبعات تصرفاته، وإلَّا لاستغله ضعاف النفوس في إشغال أو أذى من يريدون إشغاله أو أذاه. وهذا المبدأ هو ما طبقته محكمة النقض الفرنسية في حالة التاجر الذي لم يرد على خطاب صاحب بنك ذكر فيه أنَّه قد وضع اسمه ضمن المكتتبين وأنَّه قيد بالحساب عملية القسط الأول الواجب دفعه[2]، وطبق نفس الحل ضدَّ ناشر أرسل نشرة دورية إلى شخص لم يرفضه بدوره، ولا أعاد إلى الناشر[3]، كما قبل الحل السابق نفسه بخصوص التاجر الذي بعث إلى بعض الأشخاص عينة من السلع، وحدد لهم موعداً معيناً إذا لم يصله إليه الرد اعتبر ذلك قبولاً، فلم تعتبره المحكمة قبولاً[4]. ومن هنا فدور السكوت محدود ينظر فيه إلى ملابسات أخرى تعينه للقبول، وهذا ما راعته

(١) بلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٦/٦ بند ١٠٨)، باختصار.

(٢) نقض مدني في ١٨٧٠/٥/٢٥ مشار إليه في: بلانيول وريبير (٦/ بند ١٠٨).

(٣) محكمة السين المدنية في ١٨٩٣/٤/١٩ المشار إليه في المصدر السابق نفسه.

(٤) استئناف تولوز في ١٨٨١/٦/١١ المشار إليه في داللوز ١٨٨٢ ـ ٢ ـ ٢٠٦.

التشريعات الحديثة، فالتشريع المصري ذكر لنا بعض حالات اعتد فيها بالسكوت، حيث نص في مادته (٩٨) على أنَّه:

١ ـ إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف، أو غير ذلك من الظروف تدل على أنَّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإنَّ العقد يعتبر قد تمَّ إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

٢ ـ ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه»[١].

وقد أشارت هذه المادة بقولها: «أو غير ذلك من الظروف» إلى أنَّ الأمثلة التي ذكرتها ليست على سبيل الحصر، وإنما هي على سبيل الإرشاد، وتسهيل مهمة القاضي في عرض هذه الأمثلة عليه ليجعلها نبراساً لغيرها مما يشابهها، وذلك لأنَّ الظروف التي تدل على كون السكوت دليلاً على الرضا لا تنحصر فيما ذكرتها، بل هي كثيرة ومتشعبة ولذلك أنيط استخلاص القبول منها بقاضي الموضوع[٢]. فقد ذكرت هذه المادة خمس حالات وترك غيرها للفقه والقضاء، وهي:

١ ـ حالة العرف التجاري الذي جرى عليه العمل بأن يقضي بدلالة السكوت على الرضا مثل أن يرسل أحد البنوك بياناً لعميله عن الحساب في المصرف، وذكر أنَّ عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً للحساب. وللعرف التجاري سلطان واسع في هذا المجال[٣].

٢ ـ حالة التعامل السابق بأن يكون بين المتعاقدين تعامل سابق من شأنه أن

---

(١) وقد انتقد الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم، مصادر الالتزام ص (٨٠)، صياغة هذه المادة ومحتواها بأنها «تؤدي إلى أن يكون السكوت ـ الذي يقضي العرف التجاري باعتباره قبولاً ـ سكوتاً موصوفاً لا ملابساً، مع أنَّ المذكرة الإيضاحية لها ذكرت بأنها تقتصر على السكوت الملابس، كما أن نصها معيب، فعبارة النص في أنَّ السكوت يعتبر قبولاً إذا كانت «الظروف تدل على أنَّ الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول» قد توحي بأنَّ العبرة بما ينتظره الموجب نفسه، مع أنَّه لا شك في أنَّه لا يعتد بنية الموجب الذاتية فليس للموجب أن يملي واجب الإفصاح على الموجب له فالعبرة إذن بما يتوقعه الشخص العادي. وراجع: د. عبد الرازق حسن: المصدر السابق ص (١٠٠).

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (٩٩)؛ و د. إسماعيل غانم، المصدر السابق بند (٥١).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٢٨٤/١)؛ و د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (١٣١).

يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله فحينئذٍ يعتبر السكوت قبولاً، لأنَّ عدم الرد في المعاملات التجارية على خطاب الموجب بمناسبة علاقات العمل السابقة يفسر على أنَّه قبول[1]. كما أنَّ الثقة المشروعة وحسن النية يقتضيان أن يصرح الشخص الذي وجه إليه الإيجاب أن يصرح برفضه، فإذا سكت واستمر سكوته فترة مناسبة فإنَّ هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة فيكون قبولاً، فمثلاً إذا اعتاد تاجر الجملة في موعد دوري معين القيام بإرسال بضاعة معينة إلى عميله دون أن ينتظر رداً على خطابه الذي أرسله إليه بهذا الخصوص ومضى عليه فترة معقولة، فإنَّ سكوته هذا يعتبر قبولاً[2].

٣ ـ طبيعة المعاملة بأن كانت تقضي اعتبار السكوت قبولاً مثل أن يقوم التاجر بإرسال فاتورة البضائع إلى المشتري متضمنة شروط البيع ولم يقم المشتري برفض هذه الشروط، أو الاعتراض عليها فيعتبر سكوته قبولاً، أو يرسل البضاعة لمن طلبها لكي يضيف في الفاتورة شروطاً مستجدة، فيسكت عنها المشتري يعتبر سكوته قبولاً[3].

٤ ـ حالة استحداث عقد جديد مكمل لعقد سابق، أو معدل له أو فاسخ فيكون السكوت قبولاً، مثال الأول: أن يستنفذ مشتري الآلات الميكانيكية الأجل المضروب لفحص هذه الآلات ويطلب أجلاً جديداً لإجراء فحص تكميلي كان متوقعاً في عقد البيع. ومثال الثاني: أن يقوم صاحب مصنع بالتعديل في لوائح مصنعه ويسكت العمال أو ينقص أو يزيد من أجورهم دون اعتراضهم فيكون سكوتهم قبولاً. ومثال الثالث: ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن سكوت المشتري الذي أخبره المصنع باستحالة إرسال ما يطلبه من فحم قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد[4].

٥ ـ حالة تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت فيعتبر سكوته رضا كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية فتعرض على الموهوب له فيسكت، وكعارية الاستعمال تعرض عليها المستعير فيلزم الصمت[5].

---

(١) المصادر السابقة وراجع في هذا المعنى حكم محكمة مونبلييه في ١٨٥٥/٧/٣، المشار إليه في ماري جوزيه بند (٩٨).

(٢) راجع في المزيد من الأمثلة: د. عبد الرازق حسن، المصدر السابق ص (١٠٦...)؛ والسنهوري بند (١١٢).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) استئناف مختلط في ١٩١٧/٤/١١، مشار إليه في السنهوري، بند (١١٢).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (٢٨٦/١)؛ و د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (١٣٦).

وقد ذكر الفقه أمثلة كثيرة أخرى المظروف التي يستخلص منها دلالة السكوت على الرضا[1]. كما ذكر أنَّ معيار الظروف التي إذا صاحبت السكوت جعلته يفهم منه الرضا بالعرض هو أن تدل هذه الظروف على أنَّ الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، كما أنَّ معيار كون السكوت قبولاً معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى الموجب في حد ذاته، بل إلى ما كان الشخص المعتاد ينتظره لو وجد مثل هذه الظروف، «فيمكن اعتبار السكوت قبولا إذا كان الشخص العادي لو وجد في هذه الظروف لاعتبر السكوت قبولاً على اساس أنَّ هذه الظروف من شأنها أن تولد الثقة لدى المواجهين بها في اعتبار السكوت معبرا عن إرادة حقيقية بالقبول»[2].

وبالإضافة إلى الحالات السابقة التي ذكرها التشريع المصري للسكوت باعتباره قبولاً للإيجاب فقد ذكر حالات أخرى اعتبر فيها السكوت دالاً على الرضا، وهذا ما يسمى بالسكوت الموصوف[3]، حيث نصَّ في مادته (٢/٣٢٢) على أنَّه «إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسمياً أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقراراً» كما نص في مادته (١/٤٢١) بخصوص البيع بشرط التجربة على أنَّه: «في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً».

فالسكوت في هذه الحالات يسمى بالسكوت الموصوف أي الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام ويتكفل هو بتنظيم أحكامه، إذن فيخرج عن السكوت المجرد ـ أي بوحده دون تدخل من القانون، وإلاَّ فالقانون حر في اختيار الوسائل التي يعتبرها في بعض تنظيماته تعبيراً أم لا[4].

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (١٤٤ ـ ٢٢٦)؛ ود. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص (٨٤ بند ٥١).

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (١٠٣).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية (٥٨/٢). ويراجع في تفصيل هذه المسألة د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (٩٤).

(٤) أنور العمروسي، المصدر السابق (٢٢٤/١).

وهناك حالات أخرى يعتبر فيها السكوت الموصوف دالاً على القبول وقد مثل بعض الفقه بأن يبرم شخصان عقد عمل لمدة محدودة ويتم الاتفاق بينهما على أنْ يتجدد العقد لمدة أخرى إذا لم يقم أحدهما بإخطار الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد، وبعدم تجديده قبل انقضاء مدته، فإذا انقضت مدة العقد وسكت الطرفان فإنَّ سكوتهما يعتبر رضاء بإبرام عقد جديد»[1].

وفي تقديري أنَّ هذا المثال لا يدخل في حالات السكوت فالعقد الثاني قد اتفق عليه العاقدان من خلال اتفاقهم الأول لكنهما تركا لأنفسهما حرية الاختيار في الإنهاء، إذن فالرضا مستفاد من خلال تعبيرهم الأول.

وقد ذكر الفقه المصري حالات أخرى، وتفصيلات حول هذا الموضوع لا تسمح لنا طبيعة بحثنا الخوض فيها، حيث إنَّ بحثنا يدور حول مدى قبول السكوت كدليل على الرضا، وبما ذكرناه قد تحقق ما ابتغيناه[2].

وأما القانون الفرنسي فهو لم ينظر ـ بالنسبة للسكوت ـ إلاَّ حالات خاصة اعتبر فيها السكوت دليلاً على الرضا، حيث قبل السكوت دليلاً على الرضا بالنسبة لحالة التجديد الضمني، وذلك بأن يسكت المؤجر، ويترك المستأجر في حيازة الأماكن المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الإيجار فيعتبر هذا السكوت قبولاً بتجديد عقد الإيجار[3]، غير أنَّ هذا المثال قد نال انتقاداً شديداً من بعض الفقه من جهتين:

الأولى: أنَّ ما يسمى بالتجديد الضمني ليس في الواقع تجديداً وإنما هو استمرار للعقد، وللعلاقة التعاقدية التي تصبح أمراً واقعياً بحلول الأجل المحدد[4].

والثانية: أنَّ التجديد يتم بالتعبير الضمني وليس بالسكوت، فليس القبول مستفاداً من مجرد السكوت المؤجر، وإنما من اتخاذ المؤجر موقفاً إيجابياً كقيامه بالمطالبة

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق ص (٩٥)؛ و د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص (٨٣ ـ ٨٤) بند (٥)؛ و د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق بند (٧٠).

(٢) ونحيل القارىء الكريم إلى المصادر السابقة، ولاسيما كتاب دور السكوت في التصرفات القانونية، لأستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج.

(٣) بلانيول وريبير، المصدر السابق (١١١/٦ بند ١٠٤) وبند (١٠٨)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (١٨٤)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٥)؛ وفهرس القانون المدني، القسم الثاني، ط. باريس ١٩٧٨ بند (٣٩).

(٤) ريبير وبولانجييه جـ (٣) ص (٥٨٢)؛ وماري جوزيه، رسالته السابقة الإشارة إليها بند (٢٧٨).

بالأجرة، أو عدم قيامه بإخلاء العين المؤجرة[1].

كما قبل القانون الفرنسي السكوت في عقد التأمين حيث اعتبرت المادة (٧) من قانون ١٩٣٠/٧/١٧ عدم الرد على الاقتراح المقدم بتعديل العقد ونحوه خلال عشرة أيام من وصوله إلى المؤمن سكوتاً دالاً على رضاه[2].

وأمَّا الفقه في فرنسا فهو ـ كنظيره المصري ـ يطرح بالإجماع أنَّ المبدأ في السكوت هو عدم اعتباره قبولاً بسبب طابعه السلبي يقول العميد (فواران): «قد يكون من المستحيل الوصول يقيناً إلى الإرادة الكامنة في نفس الساكت، لكنه مع ذلك يسمح السكوت بالشك في أنَّه كان له في نفسه الرضا بما عرض عليه»[3]. ومن خلال احتمال السكوت لهذا الشك تدخل عليه استثناءات حينما تؤكد القرائن هذا الشك وترتقي به إلى منزلة الظن الغالب[4].

وأما القضاء الفرنسي فهو أقل حزماً[5]، لكن قراراته القديمة أكثر تحفظاً من قراراته الحديثة بخصوص السكوت، فقد قررت محكمة النقض الدائرة المدنية في ١٨٧٠/٥/٢٥ م أنه «في القانون سكوت من يدعي أنَّه ملتزم لا يكفي في حالة عدم وجود أي ظرف آخر لإثبات هذا الالتزام المدعي به»[6]، في حين قرر حكم قضائي آخر دائرة العرائض في ١٩٣٨/٣/٢٩ بمناسبة عرض إبراء من الدين: أنَّه «إذا كان ـ كمبدأ ـ لا يعتبر سكوت المرسل إليه قبولاً فإنَّه من المسموح به مع ذلك لقاضي الموضوع الذي لا معقب عليه أن يقرر أن سكوته يتضمن القبول»[7]. فعلى هذا يمكننا القول بأنَّ القضاء الفرنسي قد استقر الآن على مراعاة الظروف التي قد تخلع على

---

(١) الأستاذ بارولت، رسالته في دور السكوت المنشيء للالتزامات، رسالة ريجون ١٩٢١ المشار إليها في د. عبد الرازق حسن، المصدر السابق ص (١٩٢).

(٢) ويراجع: فهرس القانون المدني (٢/ بند ٣٩)؛ والمصادر السابقة.

(٣) المشار إليه في فهرس القانون المدني (٢/بند ٣٩).

(٤) المصادر السابقة جميعها في الأمثلة التي عرضتها.

(٥) فهرس القانون المدني (٢/ بند ٣٩).

(٦) المذكور في داللوز ١٨٧٠ ـ ١ ـ ٢٥٧؛ وسيري ١٨٧٠ ـ ١ ـ ٣٤١.

وراجع مارسيل، المصدر السابق بند (١٨٤)؛ حيث صرح بأنَّ هذا القرار يعتبر إدانة لنظرية اعتبار مجرد السكوت رضا، ومن لا يقول شيئاً يقبل. وراجع فهرس القانون المدني (٢/بند ٤١).

(٧) المشار إليه في فهرس القانون المدني الفرنسي (٢/بند ٤١)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٧/٦).

السكوت ثوب الدلالة على الرضا بالعرض، ولاسيما في الأحوال التجارية التي توجد فيها علاقات بين الأطراف تؤدي إلى واجبات متبادلة، فقد قضت محكمة بيزانسون في ٣٠/١٢/٢٧ بأن التاجر يستطيع مطالبة تنفيذ بيع إذا كان الشخص الذي كان له علاقة تجارية معه قد عوض عليه إيجاباً ولم يرد عليه خلال ٤٨ ساعة[١].

وأما القانون العراقي فقد ضمن في الفقرة الأولى من مادته (٨) القاعدة الفقهية وهي: «لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً» ثمَّ ذكر في الفقرة الثانية من المادة السابقة نفسها أمثلة لتطبيق هذا المبدأ حيث نصت على أنَّه: «٢ ـ ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط».

فقد تضمنت هذه الفقرة ثلاث حالات وهي حالة التعامل السابق، وحالة تمحض الإيجاب بالمنفعة من وجه إليه اللتين ذكرهما القانون المصري (المادة ٩٨) والحالة الثالثة وهي إذا تسلم المشتري البضائع التي اشتراها اعتبر سكوته قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط[٢]. وفي تقديري أنَّ هذه الحالة لا يعود اعتبار القبول فيها إلى دور السكوت بوحده بل إلى عملية تسلمه حيث إنَّ تسلمه يفسر على ضوء الفقه الإسلامي بالبيع بالتعاطي، فالدور يعود إلى الفعل الذي يتمثل في تسلمه البضاعة لا إلى السكوت المجرد.

وقد ذكر الفقه العراقي أنَّ هذه الأمثلة التي أوردتها هذه المادة ليست على سبيل الحصر، بل هي على سبيل المثال فعلى هذا فكل حالة تدعو الحاجة فيها إلى الكلام ويسكت المتعاقد الآخر يعتبر سكوته قبولاً إلَّا إذا كان هناك نص تشريعي أو اتفاقي يقضي باشتراط قبول صريح، أو شكل خاص. كما أنَّ مسألة كون السكوت للقبول أم لا متروكة لتقدير قاضي الموضوع حسب الظروف والقرائن[٣]، والقضاء العراقي كذلك

---

(١) المذكور في داللوز الأسبوعي ١٩٣١، ١٢٤، وفي هذا المعنى قضايا كثيرة تراجع في المصادر السابقة.

(٢) يراجع في تفصيل هذا الموضوع في الفقه العراقي د. الحكيم، المصدر السابق (١/٧٠ ـ ٧٣)؛ و د. غني حسون طه، مصادر الالتزام (١/١١٦ ـ ١١٧)؛ و د. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ص (٢٢)؛ و د. مالك دوهان، المصدر السابق (١/١٦٢).

(٣) المصادر السابقة.

لا يختلف عمّا أقره القضاء المصري عموماً[1].

وأمّا القانون الإنجليزي فقد قرر من خلال السوابق القضائية أنَّ السكوت لا يعد وسيلة من وسائل التعبير، وهذا هو المبدأ الذي اتفق عليه الجميع ـ كما سبق ـ لكنه هل يقبل استثناء دليلاً على قبول العرض أم لا. فقد سبق أنَّ الفقه الإسلامي، والتشريعات الغربية ذات النزعة اللاتينية قد قبلت ذلك غير أنَّ الذي يظهر لي من خلال متابعتي للسوابق القضائية الإنجليزية وكتب الفقه الإنجليزي التي تيسرت لنا أنَّ القانون الإنجليزي قد ضيق الخناق على السكوت كتعبير عن الرضا بشكل كبير جداً، كما أنَّ عشرات القضايا التي عثرنا عليها تحكم في حالات مختلفة ومع وجود قرائن على السكوت بأنَّه لا ينشأ عنه التعاقد، بل تنص على اشتراط كون القبول بالمشافهة أو الكتابة أو بالفعل، أو السلوك الذي لا يدع شكاً في أنَّ العاقد قد رضي به، أما عدم الرد فلا ينشأ عنه القبول، بل لا بدَّ من وجود لفظ أو فعل[2]. كما أنَّ الفقه الإنجليزي لم يتناول موضوع السكوت عند كلامه عن وسائل التعبير، أو في باب العرض والقبول، بل صرح مراراً بأنَّ القبول يجب أن يكون مدلولاً عليه بوضوح ودون أن يلابسه أي شك يقول شيتي: «وينبغي أن تكون شروط الاتفاق يقينية... ثمَّ إنَّ العرض نفسه يجب أن يكون مقبولاً قانوناً... وكذلك يشترط في القبول أن يكون باتاً وحاسماً... ثمَّ هو فضلاً عن ذلك بحسب إبلاغه لمقدم العرض بالبريد... أو أية وسيلة مقبولة أخرى من وسائل الاتصال»[3].

ولا أحد ينكر أنَّ القانون الإنجليزي يعتد بالتعبير الضمني، ويقيم الدليل عليه ويستنتجه من خلال سلوك أطراف الاتفاق، بل يمثل له الفقه بأن يكون العقد ـ كعقد الإيجار ـ محدد المدة، ثمَّ يستمر الأطراف في التعامل على أساس العقد حتى بعد انقضاء أجل العقد... لكن كل ذلك لا يستنتج منه الاعتداد بالسكوت ـ كما ظن

(١) يراجع: سلمان بيات، القضاء المدني العراقي (١/٨٣)؛ والمصادر السابقة.

(٢) جاء هذا المعنى في عدَّة قضايا منها قضية:

(Rann V. Hushes (1778) 7 T. R. 350).

(٣) شيتي، المصدر السابق ص (٣ ـ ٧٣)؛ وولسون ص (٢٣ وما بعدها)؛ وولستون ص (١٨ وما بعدها)؛ وغيرهم.

(٤) شيتي، المصدر السابق ص ١٩ بند ٤١.

البعض ـ[1]، إذ أنَّه يتطلب حتى في هذا المثال أن يكون هناك فعل وسلوك من الأطراف ـ وهو استمرار تعاملهم ـ تستنتج منه المحكمة اتفاق الأطراف على تجديد العقد الصريح لمدة أخرى[2]. فالتعبير الضمني مهما حاولنا تقريبه من السكوت فهو لا يتفق معه، ولا يستلزم من القول به القول بالسكوت، فذا شيء عدمي في حين أنَّ التعبير الضمني عمل إيجابي يفهم من تصرف أو سلوك أحد الأطراف، كما أنَّ القانون الإنجليزي قائم على السوابق القضائية، بحيث لا تسمح طبيعته بالاستنتاج والقياس، فما دام هذا البعض[3] لم يذكر لنا سابقة قضائية كان استنتاجه القول بالسكوت في القانون الإنجليزي غير مقبول.

فالمبدأ العام في هذا القانون هو عدم الاعتداد بالسكوت مطلقاً، ولا يقبل كتعبير عن القبول بالعرض إلَّا استثناء، وفي حالات خاصة تفرضها الظروف التجارية، يقول شيتي: «هناك قاعدتان رئيسيتان تحكمان قبول العرض: الأولى: أنَّه ينبغي أن يكون هناك إثبات إيجابي يتبعه القبول وأن يكون القبول في شكل أقوال، أو كتاب، أو

---

(١) الأستاذ الدكتور العطافي، مقاله السابق ص (٣٥)، حيث يقول: «عرفنا أنَّ الأصل في القانون الإنجليزي هو أنَّ السكوت لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة ومع ذلك فإن السكوت الملابس ـ كاستثناء يرد على هذا الأصل ـ ليس بغريب على القانون الإنجليزي لأسباب تتلخص في أنَّ القانون الإنجليزي قد أقر التعبير الضمني». لكن هذا ـ في نظري ـ لا يترتب عليه الاعتراف بالسكوت، لأنَّ السكوت أمر عدمي، والتعبير الضمني أمر وجودي. والسبب الثاني الذي ذكره هو أنَّ احتفاظ الموجب له بالمبيع مدة معقولة مع عدم التصريح برفضه يعتبر قبولاً منه. لكن ذلك ـ في تقديري ـ مردود لأمرين اثنين أولهما أنَّ ذلك يعتبر من السكوت الموصوف الذي حدده القانون حيث نصت المادة (١٨) من قانون بيع البضائع الإنجليزي على أنَّه: «إذا سلم المبيع إلى المشتري مع حق الخيار أو التجربة أو بناء على أي شرط آخر مماثل فإنَّ ملكيته تنتقل إلى المشتري. . إذا لم يخطر البائع بموافقته أو قبوله ولكنه احتفظ بالمبيع دون إعلان الرفض بعد انتهاء المدة المحددة إن حددداها، أو مدة معقولة إن لم يحدداها» والأمر الثاني: أنه لا تدخل هذه الحالة في السكوت المجرد لأنَّ المادة صريحة في أنَّ السبب يعود إلى الاحتفاظ بالمبيع، وهو عمل إيجابي كما أنَّ ذلك ليس في سكوت لقبول العرض، بل هو سكوت في الخيار بعد إنشاء العقد. وهذا لا يدل على أنَّ القانون الإنجليزي لم يجعل للسكوت دوراً في التعبير، بل اعتراضنا منصب على كيفية استنباط الدكتور العطافي هذا الحكم السابق.

(٢) شيتي، المصدر السابق بند (١١).

(٣) د. العطافي، مقاله السابق ص (٣٥).

سلوك، والقاعدة الثانية أنَّ القبول يجب إبلاغه للعارض»[1]. ويقول أيضاً: «من القواعد المستقرة: وجوب إحاطة العارض بقبول العرض ما لم يكن هناك اتفاق على التنازل عن الإحاطة»[2].

وبخصوص عدم الاعتداد بالسكوت هناك عشرات من القضايا وفي ظروف مختلفة قضت فيها المحاكم بعدم الاعتداد بالسكوت، نذكر بعضها: منها قضية (Feltheuse V. Bindley)[3] التي تتلخَّص وقائعها في أنَّه شاء المدعي أن يشتري جواداً يملكه أحد أقربائه، ولكن لم يتم الاتفاق على الثمن، وكتب المدعي إلى قريبه في ١٨٦٢/١/٢ الخطاب التالي: «عزيزي إنَّ السعر الذي عرضته أنت كان ثلاثين جنيهاً (ذهباً) وعرضت أنا ثلاثين جنيهاً استرلينياً (وكان الفرق بينهما ١٥ شلناً) وعلى كل حال سأدفع كل شيء، وسوف أدفع مصاريف نقل الجواد، وتستطيع إرساله في الوقت الذي يناسبكم من الآن حتى ١٨٦٢/٣/٢٥ فإذا لم أسمع منكم خبراً جديداً فسوف اعتبر أنَّ الجواد قد أصبح ملكي نظير ٣٠ جنيهاً و ١٥ شلناً - أي السعر المطلوب - فلم يرد القريب على هذا الخطاب، وكان هناك مزاد لبيع المواشي في وقت قريب من تاريخ وصول الرسالة، وأعطى المدَّعي عليه تعليماته لوكيله بأن لا يدخل الجواد في المزاد، ولكن الوكيل لم يتذكر هذه التعليمات وباع الجواد. فرفع المدعي الدعوى طالباً استرداده فقضى القاضي ويلز (Wills) ومعه بقية قضاة الجلسة: بأنَّه ليس هناك اتفاق لبيع الجواد، إذ لم ينشأ هذا الاتفاق في ١٨٦٢/١/٢، وكذلك لا يجوز القول بأنَّ السكوت علامة الرضا في مثل هذه الواقعة، فعدم الكتابة لا يستفاد منه قبول صاحب الجواد للبيع.

ومن استقراء الوقائع نجد أنَّ المدَّعى عليه كان في نيته أن يبيع الجواد لقريبه لولا بيع هذا الجواد في المزاد بطريق الخطأ، وحيث إنَّه من الأصل لم يرد على رسالة قريبه فليس هناك التزام قبله لقبول العرض فاتضح للمحكمة من ذلك أنَّه ليس هناك التزام بقبول العرض، وبذلك لا يجوز أن يرجع المدعي عليه بشيء»[4].

---

(١) شيتي، المصدر السابق بند (٧٢).

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٣٦ بند ٧٢)؛ ويراجع في هذا المعنى ولسون، المصدر السابق ص (٢٣)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢٣).

(٣) قضية رقم

((1862) 6 C. T. 157, 11 C. B. W. S. 869).

(٤) حيثيات القضية السابقة، وراجع شيتي، المصدر السابق.

يتضح من هذا الحكم أنَّ القضاء الإنجليزي لم يعتد بنية صاحب الجواد في بيعه لقريبه، ولا بكل القرائن والظروف التي صاحبت السكوت، وإنما بنى حكمه في هذه القضية بعدم وجود البيع على عدم وجود الرد على رسالته. ومن هنا يظهر تضاؤل أثر السكوت في التعبير عن الرضا، وأنَّه غير صالح في مثل هذه القضية للتعبير عن القبول ـ كما أنَّه غير صالح للإيجاب مطلقاً ـ كما أنَّ اشتراط الموجب على من وجه إليه الخطاب أن يرد عليه في فترة معينة ليس له أي قيمة لأنَّه إلزام من غير لزوم وهو غير معتبر، كما أنَّه لا يملك أن يفرض عليه الإفصاح أو عدم الإفصاح، فلا يكون لحرية أحدهما في التعبير سلطان على تقييد الآخر فيه.

وفي قضية أخرى لهارفي ضد فاسي[1] كان الأول قد أرسل برقية إلى الثاني ليبيع له عقاراً له، ونصها: «هل تبيعوا العقار لنا؟ رجاء الإفادة بأدنى السعر، والرد يسدد بمصاريف على حسابنا». فرد عليها ببرقية، هذا نصها: «أدنى سعر ٩٠٠ جنيه» وعلى أثر وصولها إلى هارفي بعث إليه برقية أخرى بأننا «نوافق على شرائه بتسعمائة جنيه، نرجو اتخاذ إجراءات نقل الملكية في وقت مبكر ثمَّ سكت فاسي، ولم يبعث إلى هارفي العقد فظن هارفي أنَّ العقد قد تمَّ بينهما بهذه البرقيات الثلاث وأنَّه قد تأخر في تنفيذ مستلزمات العقد ونقل الملكية، فعرض أمره على المحكمة العليا بجاميكا فأخذت بوجهة نظر هارفي، وقضت بأنَّ العقد قد نشأ بينهما بناء على البرقيات المتبادلة.

ونلاحظ أنَّ وجهة نظر هذه المحكمة ليست قائمة على كون العقد قد تمَّ بينهما على أساس السكوت، بل على أساس كون البرقيتين الأخيرتين إيجاباً وقبولاً. ثمَّ طعن فاسي في هذا الحكم أمام المجلس الخاص (Privy Council) الذي كان يضم وزير العدل، وأربعة من أعضاء مجلس اللوردات فقضى بعدم نشأة العقد بينهما[2].

---

(١) قضية:

(Harvey V. Facey (1893) A. C. 552. cases in Con Tract).

وينظر للمزيد: قضايا في قانون العقد لمؤلفه: (W. T. Major)، الأستاذ بمعهد لندن الفني، ط: لندن سنة ١٩٧٢ ص (١١). ويراجع: وليستون، المصدر السابق ص (٣٤).

(٢) حيثيات القضية السابقة. وقد قال اللورد (موريس) أحد أعضاء اللجنة القضائية بالمجلس المذكور: «إنَّ البرقية الأولى لهارفي تسأل سؤالين السؤال الأول عن رغبة مستر فاسي في البيع إلى المدعي... والسؤال الثاني: كان الاستفسار عن أقل سعر، وكان الرد برقياً على هذه النقطة الأخيرة فقط التي تتعلق بمسألة السعر، وفعلاً أرسلت البرقية المتضمنة الرد مبينة أدنى سعر يمكن =

وهنا يمكننا أن نقول أنَّ السكوت لو كان له دور في القبول في القضاء الإنجليزي لكان قد حكم في هذه القضية لصالح هارفي ويكون العقد قد تمَّ بينهما وذلك لوجود قرائن كثيرة تدل على جدية الإرادة في التوجه نحو انعقاد العقد، ولكنه مع ذلك لم يتم العقد في نظر قضاة الإنجليز لعدم وجود رد واضح دال على القبول.

وعلى الرغم من هذا التشدد في السكوت والذي رأيناه في الفقه والقضاء الإنجليزي والذي يمثل المبدأ والقاعدة العامة في العقود لكن ذلك لم يمنع ـ القضاء ـ في الفترة الأخيرة أن يجنح نحو السماح بالصمت والسكوت كتعبير عن الرضا في بعض الحالات ولاسيما في العقود التجارية التي مبناها على الثقة، والسرعة وعدم اتباع الشكليات، يقول ترايتيل[1]: «ومن الصعوبات التي يصادفها المرء في الحياة العملية هو أنَّ المعروض عليه يجوز قبوله العرض عن طريق التزامه الصمت، وإن كانت العادة أنَّه لا يلزم بشيء... ولكن هناك استثناءات على هذه القاعدة... فلو جاء العرض مشفوعاً بنموذج ليستخدمه المعروض عليه في الرد، وكان قد كتب له: أنَّ صمته يعتبر قبولاً، فلا مانع أن يرقى الصمت في هذه الحالة إلى معنى القبول الضمني»[2]، وكان هذا موضوع قضية في سنة ١٩٢٤[3].

وفي قضية أخرى في سنة (١٩١٩)[4] اعتبرت المحكمة الصمت دليلاً على القبول في حالة كان هناك سابقة تعامل بين الأطراف حيث كان عروض المدعي تصادف القبول

= قبوله. والبرقية الثالثة من المدعي الذي يتضح أنَّه عامل الرد الذي أرسله فاسي بمثابة عرض غير مشروط مع أنَّه لا يجوز معاملة برقية فاسي إلاَّ في حدود فحواها وهو إيضاح أدنى سعر، أما عدا ذلك فهو مفتوح ولا يجوز كذلك اعتبار برقية المدعي الثالثة بمثابة قبول للعرض بالبيع، بل هو عرض يتطلب قبولاً من فاسي، ولا يكمل العقد إلاَّ بقبول هذا الأخير ما جاء ببرقية المدعي... ويرى المجلس أنَّ مجرد الرأي على مسألة الثمن لا تتضمن عقداً ضمنياً بالبيع بالسعر المبين لمن يسأل عن الثمن». ومن هذا التقرير يتبين أنَّ القضاة لم يتبادر ذهنهم إلى اعتبار سكوت فاسي قبولاً على الرغم من وجود هذه القرائن السابقة.

يراجع: (W. T. Major)، المصدر السابق ص (١١).

(١) (G. H. Treitel)، المصدر السابق، طبعة سنة ١٩٧٩ ص (٢٥).

(٢) ترايتيل، المصدر السابق ص (٤٦).

(٣) قضية: (Alexander Hamilton Institute V Jones 234 Ill. App. (1224).

(٤) قضية:

Cole - Mcintyre - Nofleet Ce. V. Hollonway. 141 Tenn 679, 214 S.W. 87 (1919).

في كل مرة في شكل إرسال البضاعة المطلوبة، ففي مثل هذه الحالة فليس من المعقول أن نفرض على المعروض عليه أن يرفض، خصوصاً إذا كان صاحب العرض ـ في اعتماده على اعتقاده ـ أن البضائع تكون قد أخذت طريقها إليه كالمعتاد، ولذلك فإنّ المعروض عليه يصبح مسؤولاً حتى ولو لم يكن هناك عقد فعلي[1]. وهكذا استطاع القضاء الإنجليزي في الآونة الأخيرة بالذات أن يخلع على الصمت في بعض حالات نادرة ثوب الدلالة على الرضا.

خاتمة الفصل

تتضمن أمرين:

الأمر الأول ـ الخلاصة مع الموازنة:

لقد ظهر لنا في المبحث الأول أنَّ الفقه الإسلامي قد أولى عناية قصوى بالألفاظ، ودرسها دراسة متعمقة فاحصة لا نجد مثلها في الفقه الوضعي، فقد درس الفقه الإسلامي كل نوع من أنواع اللفظ من اسم وفعل، ومن جملة اسمية وفعلية، ومن إنشاء وإخبار، ومن فعل ماض ومضارع وأمر، ومن صريح وكناية، ومن مدى اعتبار لفظ العقد بوحده أو باعتبار المعنى المفهوم من الجملة بمجموعها، وكان غرض الفقه الإسلامي في إجراء هذه الدراسة الدقيقة على الألفاظ يكمن في شيئين أولهما تصنيف الألفاظ حسب العرف السائد في مدى تمحض اللفظ للحال بنفسه أو بالقرينة، أو عدم تمحضه لها حتى يكون اللفظ المستعمل في العقد واضحاً في دلالته على إنشاء العقد المطلوب حفاظاً على استقرار التعامل، ورعاية للمدلولات اللفظية إنطلاقاً من أنَّ هذه الشريعة نزلت في بدايتها على بيئة عربية، وإن كانت عالمية الغاية والهدف والرسالة، فلوحظ فيها أساليب العرب، واستعمالاتهم بعضَ كلمات للدلالة على الإنشاء، وبعضاً آخر للوعد والاستقبال، وهذا ما حدا بالفقه الإسلامي أن يغوص في هذا المضمار، وهذا يقتضي أيضاً ملاحظة أعراف كل قوم وشعب، ورعاية أساليبهم الخاصة في التعبير عن العقود.

وثانيهما: التوسع في الألفاظ الصالحة للتعبير للدلالة على الرضا وكان المعيار لدى الرأي السائد في الفقه الإسلامي هو أنَّ كل لفظ يفهم منه الرضا بإنشاء العقد سواء كان بنفسه أو بواسطة القرينة صالح للتعبير عن الرضا.

ومن هنا تسقط دعوى من اتصف الفقه الإسلامي باللفظية، «وأنَّ هذه اللفظية أثر

---

(١) ترايتيل، المصدر السابق ص (٢٦).

من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الوسطى»[1]، كما أنَّ هذه النظرة لا تتفق مع روح هذا الفقه حيث إنَّه منبثق من الشريعة التي نزلت من السماء إلى النبي ﷺ ومستنبط منها، فكيف يبقى فيه أثر العصور الوسطى، فهذه الشريعة ترفض أن تأخذ الأحكام إلَّا من الله تعالى: ﴿إِنِ الحُكْمُ إلَّا لله﴾[2].

ثمَّ إننا إذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي بخصوص الألفاظ نظرة فاحصة متجردة لا نجد فيه أي تقديس للفظ، فقد أجاز التوسع في دلالة الألفاظ بل أجاز إنشاء العقود بغير اللفظ ـ كما سبق ـ فإذا كان هناك بعض تضييق لبعض الألفاظ من جانب بعض الفقهاء فإنَّ ذلك نابع من أنَّه لا يدل على المقصود، وأن نقل الملكية لا يثبت بشيء فيه احتمال الإنشاء وعدمه.

وأما الفقه الوضعي الحديث فلم يول اللفظ هذه العناية، بل قرر بأن كل تعبير يفهم منه الرضا بإنشاء العقد صالح لأداء هذا الدور غير أنَّ تعيين اللفظ الذي يفهم منه الرضا بوضوح، والذي لا يفهم منه ذلك يحتاج إلى البحث والدراسة حسب طبيعة كل شعب وأعرافه، إذن لو عمقنا النظر في ذلك لا نجد فرقاً ذا جدوى بين الفقهين.

وإذا كنا نرى لدى الفقهين هذا التوسع في اختيار الألفاظ والحرية في انتقاء أي لفظ دال على الإنشاء، فإننا نصاب بإحباط شديد إذا نظرنا إلى القانون الروماني الذي حجب التعبير عن أي دور في هذا الحقل إن لم يفرغ في قالب معين يفرضه القانون ـ كقاعدة عامة ـ.

---

(١) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص (١٣١). وعلى الرغم من أنَّ دراسته قد انصبت على الفقه الحنفي فقط دون بقية المذاهب لكنه مع ذلك أصدر أحكاماً عامة على الفقه الإسلامي مع أنَّ الفقه الحنفي هو أحد روائد هذا الفقه العظيم، فمثلاً يقول: إنَّ الفقه الإسلامي ذو طابع موضوعي، وإنه يقدم الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة وغير ذلك من جملة أحكام عامة إن صدقت على الفقه الحنفي فلا تصدق على الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه، وهذا دليل على عدم الدقة في البحث العلمي الذي يجب أن ينأى عن الأحكام العامة دون عمق وبحث استقرائي.

ففي هذا الحكم العام الذي أصدره على الفقه الإسلامي بأنَّه يوجد في الفقه الإسلامي نوع خاص من الشكلية يسميه: «اللفظية، وهو أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الأولى حيث كانوا يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها».

فهذا الوصف غير صحيح البتة حتى على المذهب الحنفي ولو كان اللفظ مقدساً عند الحنفية لما أجازوا العقد بالتعاطي بل هم أوسع المذاهب في الاعتداد به. كما سبق.

(٢) سورة الأنعام: الآية ٥٧، وسورة يوسف: الآيتان ٤٠، ٦٧.

ومن الجدير بالتنبيه عليه أنَّ مصطلحي التعبير الصريح، والتعبير الضمني في الفقه الوضعي غير مصطلحي الصريح والكناية في الفقه الإسلامي فهما يقصد بهما في الفقه الوضعي: التعبير المباشر وغير المباشر في حين أنَّ المقصود بالصريح في الفقه الإسلامي ما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد أي موضوع لمعنى واحد لا يفهم منه غيره.

والكناية هي التعبير المستعمل في إنشاء العقد بواسطة قرينة تدل على هذا الإنشاء، أو بعبارة أخرى فالصريح هو ما لا يحتاج إلى نية والكناية تحتاج إلى نية، فالكتابة عند جماعة من الفقهاء كناية حيث تحتاج إلى النية، في حين أنَّ الكتابة المباشرة صريح في الفقه الوضعي، واللفظ الكنائي لدى الفقه الإسلامي مثل الألفاظ التي تستعمل للدلالة على عقد معين وعلى غيره مثل لفظ «خذ» الذي يحتمل البيع، والهبة إذا استعمل في البيع مثلاً بواسطة قرائن يعتبر كناية في الفقة الإسلامي لحاجته إلى النية والقرينة، ويعتبر تعبيراً صريحاً لدى الفقه الوضعي لأنَّه تعبير مباشر، نعم ربما يلتقيان في بعض التعابير، لكن المهم أنَّ لكل فقه مصطلحه الخاص، وأسلوبه النابع من روحه والسائد على تفريعاته.

ثمَّ إنَّ كلام الفقهاء: أنَّ الصريح لا يحتاج إلى نية لا يعني إلغاء دور القصد، بل كل ما يعني أنَّه لا يبحث عنه ما دام اللفظ صريحاً في الدلالة على المقصود، ولذلك إذا ثبت أنَّ القصد معدم يصبح العقد باطلاً بالإجماع كما في عقد المُجنون، أو أنَّ القصد مختل يصبح العقد غير صحيح عند الجمهور ـ كما سبق، ثمَّ إنَّ المراد بالنية هنا قصد الأثر حيث لا يحتاج الصريح إليه، ولا تؤثر فيه قال القرافي: «كل لفظ لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضوعه»(١).

وتبين لنا في المبحث الثاني أن بذل الثمن، أو المثمن وإعطاءه سواء كان من الطرفين أو من طرف واحد يصح أن يكون دليلاً على الرضا وتعبيراً يعتد به لدى جمهور الفقهاء، ومن هنا يتفق معه الفقه الوضعي الحديث على عكس القانون الروماني الذي حالت فيه الشكلية دون اعتبار الفعل كقاعدة عامة.

واتضح لنا من خلال المبحث الثالث أنَّ خلافاً قد ثار بين الفقهاء المسلمين في اعتبار الكتابة دليلاً على الرضا غير أنَّ الرأي الراجح هو صلاحيتها لأداء هذا الدور في العقود المالية مطلقاً، وللطلاق ونحوه وللإيجاب في عقد النكاح، إذ تتطلب طبيعته ـ

---

(١) الفروق (٤٦/١).

من اشتراط الشهادة فيه ـ أن يكون القبول باللفظ حتى يسمعه الشاهدان.

وأمَّا الفقه الوضعي فهو يعتد بالكتابة، بل يفضلها على اللفظ في بعض الأحيان، ولا سيما في نطاق الإثباتات.

وأظهر لنا المبحث الرابع أنَّ إشارة الأخرس ككلام المتكلم في الفقه الإسلامي، وأنَّ إشارة الناطق لا تقبل عند كثير من الفقهاء في حين أنَّ المالكية قد عاملوا الإشارة معاملة اللفظ في غير النكاح، ومن هنا أبدع الفقه الإسلامي أيضاً شيئاً لم يكن معترفاً به في القانون الروماني الذي لم يكن يعترف للأخرس بوجود أهليته الكاملة، ولم يسمح له البتة أن يعقد العقد بإشارته كما أنَّ شريعة اليهود نصت على أنَّه: «ليس للأصم والأبكم. . . أهلية التعاقد والتصرف»[1].

وأمَّا الفقه الحديث فقد اعتد بالإشارة المفهومة في العقود التي لا يشترط فيها إفراغها في قالب معين، أو لفظ صريح، أو كتابة.

وأمَّا المبحث الخامس فقد أظهر لنا عمق الفقه الإسلامي في نظره إلى السكوت، وما أثير حوله من خلاف انتهى إلى أنَّ الرأي السائد فيه هو اعتباره دليلاً على الرضا في حالات استثنائية، وظروف وقرائن تخلع عليه ثوب الدلالة على الرضا، وقد رأينا توسع بعض الفقهاء في هذه الاستثناءات حتى صاغوا منها قاعدة كلية وهي أنَّ السكوت في معرض الحاجة بيان. ولم يعتد به القانون الروماني على الإطلاق، وأما التشريعات الحديثة فكانت أقل عناية به من الفقه الإسلامي، فالقانون الفرنسي لم ينظم أحواله وأحكامه إلاَّ في موضوعات محدودة قليلة جداً وأما القانون المصري فقد أولاه عنايته ونظمه من خلال المادة (٩٨ م م)، وكذلك فعل القانون العراقي من خلال مادته (٨١ م. ع) وما ذكراه من حالات يعتبر فيها السكوت لا يخرج من حيث المبدأ ـ عمَّا ذكره الفقه الإسلامي[2].

وأما القانون الإنجليزي فلم يعتد بالسكوت من خلال السوابق القضائية القديمة، لكننا عثرنا على بعض القضايا منذ بداية هذا القرن يسري فيها الاعتداد بالسكوت في حدود ضيقة جداً، وداخل نطاق العقود التجارية كما سبق.

---

(١) نقل هذا القول الأستاذ محمد حافظ صبري، في كتابه المقارنات والمقابلات ص (١٣٥).

(٢) أستاذنا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج، المصدر السابق ص (٤٨ ـ ٤٩)؛ والمصادر السابقة في المبحث الخامس.

الأمر الثاني: مراتب هذه الطرق، والراجح فيها:

لقد ظهر لنا من خلال هذا الفصل أنَّ الفقهاء قد اختلفت وجهات نظرهم في مراتب طرق التعبير عن الرضا، حيث اتفقوا جميعاً على أنَّ اللفظ يحتل المرتبة الأولى من طرق التعبير، كما اتفقوا على صلاحية إشارة الأخرس وكتابته للتعبير عن الإرادة، وعلى أنَّ سكوت البكر رضا، وعلى عدم اشتراط اللغة العربية في التعبير عن الرضا[1]. وفيما عدا ذلك اختلفوا فمنهم من وقف عند اللفظ وحصر طرق التعبير فيه، فلم يجوز إنشاء العقد بغيره وهؤلاء يرأسهم الظاهرية، وهناك اتجاه آخر يعتد بكل ما يمكن أن يفهم منه الرضا سواء كان لفظاً أم فعلاً، أم سكوتاً في معرض البيان، وهؤلاء على رأسهم المالكية، وابن تيمية، وابن القيم وبين هذين الاتجاهين اتجاهات أخرى توسعت في بعض الطرق، وانكمشت أمام بعض، ولقد ذكرنا أدلة كل فريق في أماكنه، مع المناقشة والترجيح، والذي نريده الآن جمع هذه الترجيحات لتتكون منها النظرية المتكاملة في هذا الموضوع، وهي أنَّ الراجح الاعتداد بكل لفظ سواء كان اسماً، أو فعلاً ماضياً، أو مضارعاً، أو أمراً أو استفهاماً وسواء كان في جملة اسمية أو فعلية ما دام هذا اللفظ يفهم منه المتعاقدان الرضا بإنشاء العقد، وإنَّه للإنشاء، وليس للوعد والمساومة، وأنَّ القرائن في هذا المضمار تلعب دوراً بارزاً ينبغي رعايتها، كما أنَّ عرف كل قوم أو بلد هو الحاكم في مثل هذه القضايا وكذلك الأمر بالنسبة للبذل فهو صالح لإنشاء جميع العقود ما عدا النكاح والطلاق ونحوهما من العقود التي لا تسمح طبيعتها بأن يكون للفعل المجرد أثر في حِل المعقود عليه أو حَلِّه وأما الكتابة فهي صالحة للتعبير عن الرضا في كل العقود إلاَّ في القبول في النكاح حيث لا بدَّ أن يسمعه الشاهدان، وأمَّا الإشارة فهي من العاجز عن النطق صالحة للتعبير عن الرضا في العقود جميعاً، ومن غيره فالراجح هو صلاحيتها لكل العقود المالية، وأمَّا السكوت فهو ليس دليلاً في الواقع لكنه ـ استثناء وفي بعض الأحيان ـ يقبل مع وجود القرائن.

وأمَّا النكـاح ونحوه فنظراً لخطورته وقدسيته فقد أحاطه الفقه الإسلامي بنوع خاص من الرعاية والعناية ولذلك فالراجح عندنا هو أنَّه لا ينعقد إلاَّ بما هو صريح فيه، واضح في مدلوله يسمعه الشاهدان دون لبس أو غموض، وكذلك الأمر في الطلاق

---

(١) ولا سيما في العقود المالية، حيث ذكر النووي، وغيره بأنَّه لا خلاف في انعقاد البيع ونحوه بالعجمية، وكذلك غير العقود المالية ولا سيما للعاجز عن النطق بها.

انظر: المجموع (٩/١٧١)؛ وشرح المحلي (٣/٢١٦)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٥٣٣)؛ وجميع المصادر السابقة.

فنظراً إلى أنَّ الشارع لا يشجع على فتح باب الوقوع فيه، بل يعتبره من الأمور الخطيرة التي لو فتح بابه لأدى إلى تدمير الأسر، وتحطيم المجتمع، ولهذا فالتضييق فيه محبوب والتقييد فيه بما ورد في الشرع من الصيغ الواضحات وحسب عرف كل قوم أمر يسنده الشرع الشريف، فالطلاق وإن كان يتم بإرادة منفردة لكن آثاره لا تنحصر على المطلق بل تتجاوزه إلى المرأة وغيرها، ولذلك فالاحتياط فيه حسب مقتضى الشرع واجب بالنسبة للحكم بالوقوع وعدمه.

ثمَّ إنَّ المعيار الأساسي في تحقق العقود سواء كانت مدنية أو تجارية، وفي نشأتها هو تحقق الرضا، وظهوره للمقابل بأية وسيلة مفهومة، وهذا ما لا خلاف فيه ـ كما سبق ـ لكن الخلاف في نظرتهم إلى طرق التعبير حيث إن بعضها في نظر بعضهم لا يرقى إلى اعتباره دليلاً غير أنَّ الراجح في نظري هو صلاحية كل هذه الطرق على ضوء التفصيل الذي ذكرناه آنفاً، وأنَّ القرائن التي تحيط بالتعبير تعينه للدلالة على نية الإنشاء، أو عدمه وأنَّ المرجع في الاكتفاء بلفظ دون آخر، أو بفعل دون آخر هو العرف[1]. فقد يكون بعض الألفاظ صريحة في عصر دون آخر، أو في بلدة دون أخرى، فقد ذكر القرافي أنَّ العرف قد ينقل لفظاً من الإخبار إلى الإنشاء، ومن الحال إلى المستقبل، وبالعكس حيث يقول: «إنا لا نجد أحداً في زماننا يقول لامرأته عند إرادة تطليقها: «حبلك على غاربك، ولا «أنت برية» ولا «وهبتك لأهلك» هذا لم نسمعه قط من المطلقين، ولو سمعناه وتكرر ذلك على سمعنا لم يكف ذلك»[2]، في حين كانت هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق بكثرة ولكن يحتاج لوقوعها إلى النية، ثمَّ نقل القرافي عن الإمام أبي عبدالله المازري قاعدة في أنَّ اللفظ الصريح لا بدَّ أن يشتهر بحيث يفهمه العامي، والفقيه سواء وأنَّ هذه الأمور لا تؤخذ من الكتب بل من العرف قائلاً: «فالفقيه والعامي في هذه الألفاظ سواء في الفهم. . . فهذا هو الضابط، لا فهم ذلك من كتب الفقه، فإنَّ النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في

---

(١) يراجع في ذلك: فتح القدير (٣/٤٩)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩١ ـ ١٠١)؛ والفروق للقرافي (١/٤٤)؛ وشرح الخرشي (٥/٥)؛ والدسوقي مع الشرح الكبير (٢/٣٨٠، ٣/٤)؛ وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (١/١٥٥)؛ والوسيط، مخطوط طلعت (٣/١٤١)؛ والمجموع (٩/١٦٣)؛ والروضة (٨/٢٥)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٩٩)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٢/٣٧٩)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦٢)؛ والقواعد النورانية لابن تيمية ص (١٠٤)؛ وغير ذلك من المصادر السابقة.

(٢) الفروق (١/٤٤ ـ ٤٥).

الكتب، بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس. . .» ثمَّ رتب المازري على ذلك أموراً: «أحدها أنَّ مالكاً، أو غيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام، لأنَّ زمانهم كان فيه عوائد ـ عادات ـ اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صوناً لهم عن الزلل.

ثانيها: أنـا إذا وجدنا زماننا عرياً عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام في هذه الألفاظ، لأنَّ انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام كما نقول في النقود وفي غيرها»[1]، ثمَّ ذكر بأنَّ سبب اختلاف الصحابة، والتابعين ومن بعدهم في هذه الألفاظ يعود إلى العرف، لأنَّه لم يذكر واحد منهم نصاً من الكتاب أو السنة في تخصيص لفظ دون آخر، قائلاً: «وقد وقعت هذه المسألة بين الصحابة، وبين التابعين رضي الله عنهم ولم نجد أحداً في كتب الفقه والخلاف روى عن أحد منهم أنَّه روى في ذلك حديثاً، فلم يبق سوى العوائد»[2]. وقد اعتنى الحنفية أيضاً بالعرف وتبنوا القاعدة القاضية بأنَّ العادة محكمة، قال ابن نجيم بعد سرد هذه القاعدة «واعلم أنَّ اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة. . . وذكر الهندي في شرح المغني: العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة. . . .»[3]، بل ذكر ابن نجيم أنَّ العادة المطردة تنزل منزلة الشرط، وأنَّ كثيراً من المشائخ أفتوا حتى برعاية العرف الخاص فقال: «وقد اعتبروا عرف القاهرة في مسائل منها ما في فتح القدير من دخول السـلم في البيت المبيع في القاهرة دون غيرها، لأنَّ بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلَّا به»[4].

وقال النووي: «وهذا ـ أي عدم اشتراط اللفظ ـ هو المختار لأنَّ الله تعالى أحلَّ البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عدَّه الناس بيعاً كان بيعاً، كما في القبض، والحرز وغير ذلك من الألفاظ المطلقة، فإنَّها كلها تحمل على العرف. . وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع من النبي ﷺ وأصحابه في زمنه وبعده، ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول»[5].

---

(١) الفروق (١/٤٤ ـ ٤٥).

(٢) المصدر السابق (١/٤٨).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٣ ـ ١٠٤).

(٤) المصدر السابق ص (١٠٤).

(٥) المجموع (٩/١٦٣).

وقال الزركشي ـ نقلاً عن إمام الحرمين ـ «العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان وإذا تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف. . . ولو استأجر للخياطة أو النسخ، أو الكحل ففي وجوب الخيط، والحبر، والحكل على من؟ خلاف. قال النووي وصحح الرافعي في الشرح الصغير الرجوع فيه إلى العادة». ثمَّ نقل عن القفال قوله بأنَّ العادة المطردة تنزل منزلة الشرط، كما نقل عن بعض الشافعية قولهم بأنَّ العرف الخاص أيضاً يؤثر في تقييد اللفظ المطلق[1]، بل قال: «والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة ـ أي منزلة العام»[2]، كما أنَّه لا بدَّ من مراعاة عرف كل قوم حيث نقل عن القفال: إنَّ من حلف على البيت بالفارسية لا يحنث ببيت الشعر وغيره، إذ لم يثبت شمول اللفظ له في عرف الفارسية مع أنَّ البيت باللغة العربية يشمل بيت الشعر أيضاً فيحنث به[3]. ثمَّ نقل عن الفقهاء قولهم: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يحكم فيه العرف، ومثلوه بالحرز في السرقة والتفرق في البيع، والقبض. . . وأنَّ العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن، أو السابق، . . . وبنى بعضهم على ذلك مسألتين:

إحداهما: ما يتعلق بالبطالة في المدارس، فقد اشتهر في هذه الأعصار ترك الدروس في الأشهر الثلاثة، فكل مدرسة وقفت بعد ذلك ولم يتعرض واقفها لذلك ينزل لفظه على العادة. . .»[4].

وقال السيوطي: «إن اعتبار العادة والعرف رجع إليه الفقه في مسائل لا تعد كثرة»[5]. وبعد أن ذكر أمثلة كثيرة نقل عن الحافظ أبي الفضل العراقي فتواه بأنَّ «الظاهر اتباع شروط الواقفين. . . وكذلك اصطلاح أهل كل بلد، مما يدل على أنَّ المشروط عرفاً كالمشروط بالقول ثمَّ أورد مثالاً على ذلك وهو أنَّه لو قال: وقفت هذه المدرسة على درس الحديث، فهل يشمل غير الحديث؟ فالجواب عن ذلك عند أبي الفضل وغيره أن

---

(١) المنثور في القواعد (٢/٣٥٦ ـ ٣٦٦). ويراجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٠١).

(٢) المنثور في القواعد (٢/٣٨٨)؛ والأشباه للسيوطي ص (١٠١ ـ ١٠٢).

(٣) المنثور (٢/٢٩٤)؛ والأشباه للسيوطي ص (١٠٥)؛ وقال في البحر المحيط، مخطوطة دار الكتب (جـ ٣ ورقة ٤٣): «والحق أنَّ كل وصف يمكن الوقوف عليه بدليل ينبغي أن يصح إمارة، لأنَّ مقصود التعريف يحصل منه، كما يحصل من غيره سواء كان خفياً أولا وقد قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكونَ تِجَارةً عَن تراضٍ﴾ وهذا يدل على أنَّ الرضا هو المعتبر في العقود وإن كان خفياً عندهم.

(٤) المنثور في القواعد (٢/٣٩٣ ـ ٣٩٤)؛ والأشباه للسيوطي ص (١٠٩).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٩٩ ـ ١١٢).

ذلك تابع لعرف أهل كل بلد، فمثلاً في الشام العرف جار على حصر المدرسة على درس الحديث في حين أنَّ العرف جار في مصر على الجمع بين الحديث وغيره[1].

ويقول ابن قدامة الحنبلي: «إنّ الله تعالى أحلَّ البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز، والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك» ثمَّ ذكر نصوصاً وأحكاماً وصل من خلالها إلى اعتبار كل ما يفهم منه الرضا حسب العرف[2]، ولقد أجاد شيخ الإسلام ابن تيمية، والعلامة ابن القيم في إظهار دور العرف في توضيح المراد بالألفاظ والأفعال المستعملة في التصرفات القولية، فقال الأول: «وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أنَّ العقود تصح بكل ما دلَّ على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب، وذلك أنَّ الله سبحانه وتعالى قال: ﴿فانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ﴾[3]... وقال: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عن شَيءٍ مِنْه نَفْساً فَكُلُوه هنيئاً مريئاً﴾[4]، وقال: ﴿إلَّا أن تَكُونَ تجارةً عنْ تَراضٍ منكُم﴾... إلى غير ذلك من الآيات المشروع فيها هذه العقود... فإنَّ الدلالة فيها من وجوه:

أحدها: أنَّه اكتفى بالتراضي في البيع في قوله: ﴿إلَّا أَنْ تَكونَ تِجَارةً عَنْ تَرَاضٍ منكم﴾ وبطيب النفس في التبرع في قوله: ﴿فإن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنْهُ نفساً فكُلُوه هنيئاً مريئاً﴾، فتلك الآية في جنس المعاوضات وهذه الآية في جنس التبرعات ولم يشترط لفظاً معيناً يدل على التراضِ وعلى طيب النفس ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنَّهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة، والعلم به ضروري في غالب ما يعتاد من العقود، وهو ظاهر في بعضها، وإذا وجد نعلم الحكم بها بدلالة القرآن...

الوجه الثاني: أنَّ هذه الأسماء جاءت في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ معلقاً بها أحكام شرعية، وكل اسم فلا بدَّ له من حد، فمنه ما يعلم حدُّه باللغة كالشمس... ومنه ما يعلم بالشرع كالمؤمن... وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض... ومعلوم أنَّ البيع والإجارة، والهبة ونحوها لم يحد

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٠٢).

(٢) المغني لابن قدامة (٥٦١/٣ ـ ٥٦٢).

(٣) سورة النساء: الآية ٣.

(٤) سورة النساء: الآية ٤.

الشارع لها حداً لا في كتاب الله ولا سنة رسوله، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنَّه عين للعقود صفة معينة من الألفاظ أو غيرها... بل قد قيل: إنَّ هذا القول ـ تعيين لفظ مخصوص للعقد ـ مما يخالف الإجماع القديم، وأنَّه من البدع، لأنَّ ما ورد عن النبي ﷺ والصحابة والتابعين يدل على أنَّهم لم يكونوا يلزمون الصيغة من الطرفين[1]، وليس لذلك حد في لغة العرب، بحيث يقال: إنَّ أهل اللغة يسمون هذا بيعاً، ولا يسمون ذاك بيعاً حتى يدخل أحدهما في خطاب الله، ولا يدخل الآخر. بل تسمية أهل العرف من العرب هذه المعاقدات بيعاً دليل على أنَّها في لغتهم تسمى بيعاً، والأصل بقاء اللغة وتقريرها، لا نقلها وتغييرها فإذا لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سموه بيعاً فهو بيع، وما سموه هبة فهو هبة.

الوجه الثالث ـ أنَّ تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان:

عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم فباستقراء أصول الشريعة نعلم أنَّ العبادات التي أوجبها الله أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلَّا بالشرع وأما العادات... فالأصل فيها العفو وعدم الحظر... فالبيع، والهبة، والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم... فإنَّ الشريعة قد جاءت فيها بالآداب الحسنة فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات، ومقاديرها، وصفاتها، وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة...»[2].

وقد ذكر ابن القيم: أنَّ الشرط العرفي كاللفظي، وذلك كوجوب نقد البلد عند الإطلاق، ووجوب الحلول حتى كأنَّه مشترط لفظاً فانصرف العقد بإطلاقه إليه، وإن لم يقتضه لفظه، ثمَّ ذكر أمثلة كثيرة روعي فيها العرف باتفاق الجميع[3]. وقال: «وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع... وعليه يخرج حديث عروة ابن أبي الجعد البارقي حيث أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري له به شاة فاشترى شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار وجاءه بالدينار والشاة الأخرى[4]، فباع، وأقبض، وقبض بغير إذن

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ط السعودية (١٣/٢٩ ـ ١٩).

(٢) المصدر السابق (١٣/٢٩ ـ ٢١). ويراجع القواعد النورانية ص (١٠٤ ـ ١١٢).

(٣) أعلام الموقعين (٢/٤١٤).

(٤) روى البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب المناقب (٦٣٢/٦). (٦٣٢/٦)؛ وابن ماجه في=

لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع»[1].

ومن هذا العرض المسهب الذي احتفل بنصوص كثيرة لفقهائنا المحققين القدامى والمتأخرين، يتبين لنا مدى التطبيق العملي في العصور السابقة لهذا المبدأ، وهو اشتراط الرضا، وتحققه بأية وسيلة كانت سواء كانت لفظاً أو فعلاً، وسواء كانت صريحة أم ضمنية، كما تبين لنا أنَّ هذه العقود مبناها على العرف، وأنَّه هو المفسر لها والقاضي في مدى دلالة شيء على الرضا دون الآخر، ولهذا قال الفقهاء لا يلتفت فيها إلى الدقائق اللغوية التي لا يفهمها إلَّا الخاصة، فمبني ذلك ـ كما قال القرافي ـ أن يكون مفهوماً للعامي كما يكون مفهوماً للعالم[2]. كما أنَّ المعنى المفهوم من التركيب هو المطلوب دون التعمق في المعنى الإفرادي لكل لفظ، فمن قال: وهبتك بكذا فقد أنشأ بيعاً لا هبة ـ كما سبق ـ يقول الشاطبي: «فاللفظ إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى هو المقصود، ولا أيضاً كل المعاني، فإنَّ المعنى الإفرادي قد لا يعبأ به إذا كان المعنى التركيبي مفهوماً دونه كما لم يعبأ ذو الرمة بـ: «بائس» ولا «يابس»

= سننه، كتاب الصدقات (٢/٨٠٣)؛ وأبو داود في سننه مع العون، كتاب البيوع (٩/٢٣٨)؛ بسندهم عن عروة البارقي: أنَّ النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه».

(١) أعلام الموقعين (٢/٤١٢ ـ ٤١٥).

(٢) الفروق (١/٤٤) فمثلاً أصبح العرف الآن أنَّ (نعم) تصديق للمخبر، فمن قال: أليس لي عندك ألف دينار؟ فقال: نعم فهذا إقرار به حسب العرف، مع أنَّه من حيث قواعد النحو لا يعتبر إقراراً به بل هو تصديق للنفي، أي معناه نعم ليس لك علي ألف دينار.

يراجع للحكم الفقهي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٥٧). وراجع الكافية في النحو ص (٤٢٦).

وكذلك الأمر فيما لو قال عندي كذا درهم بالكسر لا يكون إقراراً بمائة درهم عند كثير من الفقهاء خلافاً للحنفية، بل إقرار بدرهم واحد، مع أنَّ مقتضى قواعد النحو أن يكون إقراراً بمائة، لأنَّ أقل عدد يأتي بعده التمييز مجروراً هو المائة.

وكذلك لا يؤثر في الحكم الفقهي الغلطات النحوية الشائعة، فلقد صرح الفقهاء بأنَّ من قال لزوجته أنت طالق وقع طلاقه سواء كان التاء في أنت مرفوعاً أو مفتوحاً أو مجروراً، والخلاصة المطلوب في هذه الأمور الفهم حسب العرف والعادة.

يراجع: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٦/٢٩٣)؛ والدر المختار مع قرة العيون (٨/١٠٩)؛ والبحر الرائق (٧/٢٥١)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٣٨٦)؛ والغاية القصوى (١/٥٥٣ ـ ٥٥٤)؛ وشرح المحلي مع القليوبي (٣/٢١٦).

اتكالاً منه على أنَّ حاصل المعنى مفهوم... فلو كان فهم اللفظ الإفرادي يتوقف عليه فهم التركيبي لم يكن تكلفاً، بل هو مضطر إليه»[1].

فالمطلوب في هذه العقود ـ ولا سيما المالية ـ هو أن يفهم منها المتعاقدان ـ حسب العرف السائد في كل قوم وبلد ـ إنشاء الأثر المطلوب بأي لفظ كان، وبأي شيء يدل على رضاهما وطيب أنفسهما. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) الموافقات (٢/٨٧). وقد نقل الشاطبي نفسه في ص (٨٣) عن ابن جني، عن عيسى بن عمر، وحكى عن غيره أيضاً قال: سمعت ذا الرمة ينشد:

وظاهر لها من يابس الشخت واستعن   عليها الصبا واجعل يديك لها ستراً

فقلت: أنشدتني: «من بائس»، فقال: «يابس» و«بائس» واحد. فأنت ترى ذا الرمة لم يعبأ بالاختلاف بين البؤس واليبس لما كان معنى البيت قائماً على الوجهين، وصواباً على كلتا الطريقتين، مع وجود اختلاف في أصل معناهما حيث إنَّ البؤس الشدة، والقوة، واليبس الجفاف بعد الرطوبة لكنهما متلازمان حيث يفهم من كليهما الشدة ضد اللين، وقال أيضاً (المصدر السابق (٢/٨٤): «وعن أحمد بن يحيى قال: أنشدني ابن الأعرابي:

وموضع زير لا أريد مبيته   كأني به من شدة الروح آنس

فقال له شيخ من أصحابه: ليس هكذا، أنشدتنا: «وموضع ضيق»، فقال: سبحان الله أتصحبنا منذ كذا وكذا ولا تعلم أنَّ الزير والضيق واحد، وقد جاءت أشعارهم على روايات مختلفة وبألفاظ متباينة يعلم من مجموعها أنهم كانوا لا يلتزمون لفظاً واحداً على الخصوص... إلاَّ في مواضع مخصوصة».

الفصل الثاني

أثر الرضا في العقود

المراد بأثر الرضا: مكانته في العقود: هل هو ركن أم شرط؟ وقدرته على الإنشاء، وقوته في ترتيب الآثار، فعلى هذا يتوزع هذا الفصل على ثلاثة مباحث نختمه بخاتمة في الموازنة والمفارقة بين الفقهين.

المبحث الأول
مكانة الرضا في العقود

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
مكانة الرضا في العقود في الفقه الإسلامي

يحتل الرضا في العقود مكانة أساسية كبرى في الشريعة الغراء، حيث أناطت بتحققه حل أموال الناس، قال تعالى: ﴿ يا أَيُّها الذينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكم بَيْنَكم بالبَاطلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارةً عن تراضٍ مِنْكم ﴾[1]، كما أكدت هذا الجانب السنة المشرفة، وبينت بأنه لا اعتداد ببيع أو نحوه إذا خلا عن التراض، فقد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما البيع عن تراض»[2]. وقال: «ولا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»[3].

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) رواه ابن ماجه، والبيهقي وغيرهما. انظر االسنن الكبرى (٦/١٧)، وسبق تخريجه.

(٣) رواه البيهقي وغيره. انظر: السنن الكبرى (٦/٩٧)، وسبق تخريجه.

ولهذا فلا خلاف بين الفقهاء في أن حل أموال الناس منوط بالرضا[1]، غير أنه ثار الخلاف بينهم في مكانة الرضا في العقود المالية، وغيرها هل هو ركن فيها بحيث إذا فقد أصبح العقد باطلاً سواء كان مالياً أم شخصياً. أم هو شرط صحة في المالي بحيث ينعقد لكنه لا يصح بدون تحقق الرضا، دون الشخصي الذي لا يتوقف عليه مطلقاً؟.

فذهب الحنفية إلى التفرقة بين العقود التي تقبل الفسخ كالبيع والإيجار ونحوهما من العقود التي تتعلق بالمال، وبين العقود التي لا تقبله كالطلاق، والنكاح، ونحوهما.

فالرضا في هذا النوع الأخير ليس ركناً فيه، بل ولا شرطاً له، فقد ذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي (ت ٣٧٣) جملة ما يصح مع الإكراه ثمانية عشر تصرفاً منها: الطلاق، والنكاح، والعتاق، والرجعة، والحلف بطلاق وعتاق وظهار، والإيلاء، وقبول المرأة الطلاق على مال والتدبير والاستيلاد[2].

فهذه التصرفات القولية لا يتوقف تحققها على الرضا والقصد، بل على اللفظ الصادر من العاقل البالغ، ولهذا السبب نفسه لا يؤثر فيها الإكراه، والخطأ، وسبق اللسان، والهزل، والسكر، وعدم فهم المعنى، حتى قالوا: من أراد أن يقول لزوجته: اسقيني فجرى على لسانه على غير قصد منه: «أنت طالق» وقع طلاقه، قال ابن الهمام: «ويقع طلاق المخطىء... لأن الغفلة عن معنى اللفظ خفي، فأقيم تمييز البلوغ مقامه»[3]. وعلله عبد العزيز البخاري بقوله: «اعتباراً بأن القصد أمر باطن لا يوقف عليه، فلا يتعلق بوجوده حقيقة، بل تتعلق بالسبب الظاهر الدال عليه، وهو أهلية القصد بالعقل والبلوغ نفياً للحرج»[4]. وجاء في الفتاوى البزازية: «قالت ـ أي الزوجة ـ له: اقرأ علي: «اعتدى فأنت طالق» فقرأ وهو لا يعلم ولم ينو، طلقت قضاء لا ديانة»[5].

وعللوا صحة طلاق السكران، ونكاحه، بل وبيعه وشرائه بأن السكر وإن كان

---

(١) يراجع: ص (١٠٠١) من هذه الرسالة.

(٢) خزانة الفقه وعيون المسائل، بتحقيق د. صلاح الدين الناهي، ط. بغداد، ١٩٦٦، (١/٤٠٥ ـ ٤٠٦).

(٣) التحرير مع شرحه تيسير التحرير (٢/٣٠٦).

(٤) كشف الأسرار (٤/٣٨٤). ويراجع ص (٢١٥) من هذه الرسالة.

(٥) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/١٧٤).

يعدم القصد الصحيح لكنه لا يعدم العبارة[1].

وقالوا في صحة طلاق من لا يفهم معنى العبارة التي نطق بها، ونكاحه بأن ذلك يعود إلى قيام العبارة نفسها مقام الفهم، قال الحصكفي: «ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فيما يستوي فيه الجد، والهزل مثل الطلاق، والنكاح، ولم يحتج لنية وبه يفتي»[2]، فعلل ابن عابدين ذلك بأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد وهو غير مشروط فيما يستوي فيه الجد والهزل، بخلاف البيع ونحوه[3]، بل إن طلاق الغافل، والساهي واقع عندهم[4].

والخلاصة أن الحنفية قد توغلوا في الاعتداد باللفظ وترك القصد في هذه العقود غير المالية بشكل غريب، فجعلوا الركن الأول والأخير لها اللفظ الصادر من إنسان عاقل بالغ غير نائم[5]، فقد ورد في كنز الدقائق: «ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ولو مكرهاً وسكراناً»[6]، بل إن ابن نجيم ذكر في تفسير السكران الذي يقع طلاقه بأنه الذي لا يعرف الرجل من المرأة، ولا السماء من الأرض فقال: «المعتمد في االمذهب أن السكران الذي تصح منه التصرفات: من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة»[7]، وهذا هو المبدأ العام الذي سار عليه الحنفية بالنسبة لهذا النوع من العقود والتصرفات القولية، وفيها تفصيلات في بعض الجزئيات، كما أن فيها خلافاً بينهم في أن الحكم بصحة هذه العقود دون وجود القصد فيها هل هو ديانة وقضاء، أم قضاء فقط، كل هذه الأمور تخرج عن نطاق بحثنا[8].

وأما العقود التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة، والمزارعة ونحوها من العقود المالية، فالرضا ـ بالمعنى الذي فسرناه[9] ـ ليس ركناً فيها عندهم ولا شرطاً لانعقادها،

---

(١) كشف الأسرار (٤/٣٥٤)؛ والتلويح (٢/٣٨٩)؛ وشرح المنار ص (٩٧٨)؛ ومجامع الحقائق ص (٢٩٨).

(٢) الدر المختار (٣/١٥).

(٣) حاشية رد المختار على الدر المختار (٣/١٥).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٤)؛ والتلويح (٢/٣٩٠).

(٥) يراجع ص (٢٢٤) من هذه الرسالة.

(٦) كنز الدقائق مع شرحه البحر الرائق (٣/٢٦٣ ـ ٢٦٦).

(٧) يراجع: البحر الرائق (٣/٢٦٦).

(٨) يراجع: البحر الرائق (٣/٢٦٣ ـ ٢٦٧)؛ والفتاوى الهندية (٥/٣٦، ٤٢).

(٩) حيث عرفناه بأنه: القصد المتجه نحو ترتيب الآثار. أي لا على المعنى الذي عليه الحنفية حيث =

وإنما هو شرط لصحتها ولذلك تكون عقود المكره المالية منعقدة[1] لكنها فاسدة لفوات الرضا، قال المرغيناني: «وإذا أكره الرجل على بيع ماله، أو على شراء سلعة... أو أن يؤجر داره، فأكره على ذلك بالقتل، أو بالضرب الشديد، أو بالحبس، فباع واشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه، ورجع بالمبيع، لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي... والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد ـ أي العقد ـ»[2].

وكذلك الأمر في الخطأ حيث ينعقد معه البيع فاسداً، جاء في تيسير التحرير: وكذا قالوا: ينعقد بيعه ـ أي المخطىء ـ بأن أراد أن يقول: سبحان الله فجرى على لسانه: بعت هذا منك بألف، وقبل الآخر، وصدقه في أن البيع خطأ انعقد فاسداً ولا رواية فيه عن أصحابنا، ولكن يجب هذا للاختيار في أصله، أي في أصل هذا الكلام، وإن لم يتعلق اختياره بمعناه... أي ينعقد لاختياره في الأصل، ويفسد لعدم الرضا كبيع المكره فيملك البدل بالقبض»[3].

فهذه النصوص تدل على أن الرضا ليس ركناً في العقود المالية عند الحنفية، ولا شرطاً لانعقادها، بل هو شرط لصحتها ولزومها، وهذا ما صرحوا به، فقد قال المرغيناني: «... لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي»[4]، وورد في التلويح: «إنه ـ أي البيع ـ يعتمد القصد تصحيحاً للكلام، ويعتمد الرضا لكونه مما يحتمل الفسخ بخلاف الطلاق... وينعقد بيع المخطىء نظراً إلى أصل الاختيار، لأن الكلام صدر عنه باختياره، أو بإقامة البلوغ مقام القصد، لكن يكون فاسداً غير نافذ لعدم الرضا حقيقة»[5]. وقال أبو الليث السمرقندي: «خمسة أشياء لا تصح مع الإكراه: البيع، والشراء، والهبة، والإجارة، والإقرار»[6].

= قالوا: الرضا امتلاء الاختيار بحيث تظهر البشاشة على الوجه، فعلى هذا المعنى لا يكون شرطاً للانعقاد ولا للصحة.

وراجع تفصيل ذلك فيما سبق ص (٢١٠ ـ ٢٤٨).

(١) جاء في مجمع الأنهر (٣/٢): «البيع مبادلة مال بمال، ولم يقل: بالتراضي ليتناول بيع المكره فإنه منعقد».

(٢) الهداية مع شرحه تكملة فتح القدير (٢٩٣/٧ ـ ٢٩٤).

(٣) تيسير التحرير (٣٠٦/٢).

(٤) الهداية مع تكملة فتح القدير (٢٩٣/٧ ـ ٢٩٤). ويراجع: البحر الرائق (٨١/٨).

(٥) التلويح (٣٨٩/٢ ـ ٣٩٠).

(٦) خزانة الفقه وعيون المسائل (٤٠٨/١). وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٤).

والخلاصة أن ركن العقود عند الحنفية هو الصيغة فقط أي الإيجاب والقبول سواء كانا باللفظ أو بالفعل ـ على التفصيل السابق ـ هذا في العقود التي تتم بين الشخصين، أو الإيجاب فقط في العقود التي تتم بالإرادة المنفردة. وأما الرضا فهو شرط صحة ولزوم في العقود التي تقبل الفسخ ـ أي العقود المالية ـ وليس بشرط على الإطلاق في العقود التي لا تقبل الفسخ في نظرهم.

وأما جمهور الفقهاء فيظهر من كتبهم[1] أنهم لم يقسموا العقود هذا التقسيم، ولم يصنفوها هذا التصنيف بل جعلوا الرضا ركناً للعقود كلها، فعلى هذا إذا لم يتحقق الرضا فلا ينعقد العقد، ولا يصح سواء كان من العقود المالية، أو غيرها، يقول الشاطبي المالكي: «فإذا عريت ـ أي الأفعال والأقوال ـ عن المقاصد لم تتعلق ـ أي الإحكام ـ بها»[2]، وقد ذكر فقهاء المالكية أن الرضا هو الركن الأساسي للعقود، فقالوا: «ينعقد البيع بما يدل على الرضا»، وقالوا: «لأن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا، وأن انتقال الملك متوقف على الرضا»[3]، ويقول العز بن عبد السلام الشافعي بعد أن ذكر أن الأساس هو الرضا: «ولأجل قاعدة اعتبار الرضا نهى الشرع عن بيع الغرر. . .»[4].

وقد ذكر الزنجاني أن «الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية. . . اتباع التراضي»[5]، بل صرح فقهاء الشافعية بأن القصد ركن حتى في الطلاق، قال الغزالي، والنووي: «الركن الثالث من أركان الطلاق القصد إلى الطلاق فيشترط أن يكون قاصداً لحروف الطلاق بمعنى الطلاق، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه، وأن القصد يختل بخمسة أسباب: أولها: سبق اللسان فمن سبق لسانه

---

(١) يراجع ص (٢٠٩) من هذه الرسالة، ومواهب الجليل (٢٤٥/٤)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٩/٥)؛ والوسيط للغزالي، مخطوطة دار الكتب ورقة (١٧٨)؛ وفتاوى السيوطي، مخطوطة الأزهر ورقة (١٤٣)؛ وتحفة المحتاج (٢٢٩/٤)؛ ونهاية المحتاج (٣٣٤/٦)؛ وشرح الكوكب المنير (٥٠٩/١)؛ والإنصاف للمرداوي (٢٦٥/٤)؛ والمحلى لابن حزم (٢٥٨/٩)؛ والمكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري الإمامي ص (١١٨).

(٢) الموافقات للشاطبي (١٤٩/١).

(٣) يراجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣ ـ ٣)؛ وشرح الخرشي (٤/٥)؛ وشرح تحفة الحكام للفاسي (٢٧٨/١)؛ والموافقات للشاطبي (٥٨/١).

(٤) قواعد الأحكام (١٥٠/٢).

(٥) تخريج الفروع ص (٦٢).

إلى لفظ الطلاق في محاورته وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى لم يقع طلاقه، لكن لا تقبل دعواه هذه في القضاء إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه، وكذلك لا يقع طلاق الحاكي لطلاق غيره. ثانيها: الإكراه بغير حق حيث يبطل به التصرفات القولية جميعها. وثالثها: اختلال العقل، فمن طلق وهو زائل العقل بسبب غير متعمد فيه كجنون، أو إغماء، أو أوجر خمراً، أو أكره على شربها، أو لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك لا يقع طلاقه، ولو تعدى بشرب الخمر فسكر فزال عقله فطلق وقع طلاقه على المذهب، وحكي قول قديم للشافعي أنه لا يقع به مطلقاً وهذا ما رجحه الكثيرون من أصحابه منهم المزني، وابن سريج، وأبو سهل الصعلوكي، وأبو طاهر الزيادي وغيرهم. ورابعها: الجهل بمعنى الطلاق كأن لقن من لا يفهم لفظ الطلاق فنطق به لا يقع طلاقه، وكذا الجهل بأن المخاطب زوجته مثل أن يخاطب امرأة بالطلاق وهو يظن أنها زوجة غيره فإذا هي زوجته لا يقع لدى بعضهم وكذا سائر التصرفات. وقد قال الغزالي: «إن القصد إلى المعنى المجهول محال»(١). وخامسها: ـ أي الأسباب التي يختل بها القصد ـ الهزل لكنه لا يؤثر في الطلاق والنكاح والعتاق والرجعة للحديث الوارد في هذا المعنى ـ كما سبق ـ(٢). وقال الزركشي بعد أن ذكر آية التراضي: «وهذا يدل على أن الرضا هو المعتبر في العقود وإن كان خفياً عندهم»(٣). وقال ابن القيم: «العبرة بالإرادة لا باللفظ، وهذا أمر يعم أهل الحق والباطل»(٤). وصرح البهوتي بأن رضا كل من المتبايعين ركن من أركان العقد(٥) كما جاء في وسيلة النجاة: «يعتبر في العقد القصد إلى مضمونه»(٦)، فالنصوص في توطيد ركنية الرضا طافحة، والشواهد على ذلك كثيرة.

فالرضا ـ على المعنى الذي فسرناه ـ وهو قصد الشيء واختياره ليترتب عليه آثاره ـ ركن في جميع العقود عند الجمهور، وهو بهذا الاعتبار ـ أي اعتبار كونه ركناً ـ يختلف عن النية التي تعتبر بمعنى القصد من الشيء، والغرض من الإقدام ـ كما سبق ـ والتي تأتي في المرتبة التالية لقصد الشيء ـ أي الرضا ـ يقول الشاطبي: «إن

---

(١) الوسيط للغزالي، مخطوطة طلعت (جـ٣/ ق ١٤٨)؛ ويراجع الروضة (٨/٥٣ ـ ٦٢).

(٢) المصادر السابقة. ويراجع ص (٢١٤ . . .) من هذه الرسالة.

(٣) البحر المحيط، مخطوطة دار الكتب (جـ٣ ورقة ٤٣).

(٤) أعلام الموقعين (١/٢١٨).

(٥) كشاف القناع (٣/١٤٩ ـ ١٥٠).

(٦) وسيلة النجاة (٢/٣٤٨).

المقاصد المتعلقة بالأعمال ضربان: ضرب هو من ضرورة كل فاعل مختار من حيث هو مختار، وهنا يصح أن يقال: إن كل عمل معتبر بنيته فيه شرعاً، قصد به امتثال أمر الشارع، أو لا، وتتعلق إذ ذاك الأحكام التكليفية... فإن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض... فلو فرضنا العمل مع عدم الاختيار كالملجأ، والنائم، والمجنون وما أشبه ذلك فهؤلاء غير ملكفين فلا يتعلق بأفعالهم مقتضى الأدلة السابقة فليس هذا النمط بمقصود للشارع، فبقي ما كان مفعولاً بالاختيار لا بد فيه من القصد...

والضرب الثاني: ليس من ضرورة كل فعل، وإنما هو من ضرورة التعبديات من حيث هي تعبديات، فإن الأعمال كلها الداخلة تحت الاختيار لا تصير تعبدية إلا مع القصد إلى ذلك، أما ما وضع على التعبد كالصلاة، والحج وغيرهما فلا إشكال فيه. وأما العاديات فلا تكون تعبديات إلا بالنيات...»[1].

والخلاصة أن الرضا ـ أي بمعنى قصد الشيء واختياره وهو مناط بحثنا ـ لا بد من وجوده في كل العقود على الإطلاق عند الجمهور، أما قضية النية والثواب فلا تتحقق إلا بنية الامتثال. وهنا قد يثور التساؤل حول قولنا بأن الجمهور يقولون: إن الرضا ركن في جميع العقود، مع أنهم يقولون كالحنفية بصحة طلاق الهازل ونكاحه عند أكثرهم، كما أن بعضهم ـ كالشافعي ـ يقولون بصحة طلاق السكران بمحرم؟.

فالجواب عن ذلك هو أن صحة طلاق الهازل ونكاحه، ورجعته استثناء ثبت بدليل خاص وهو حديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق، والنكاح، والرجعة»[2]، كما أن هذه العقود لا تنكر خطورتها، ولها قدسيتها ولهذا أحاطها الشارع بمزيد من العناية والهيبة، فمنع فيها اللعب والهزل وقد سبق تفصيل ذلك[3]. وأما صحة طلاق السكران فيعود عند من يقول بها إلى أنه قد تعدى بعمله هذا حدود الله تعالى فلا يستحق أن ينال التخفيف والشفقة، ولذلك إذا أسكر بدون تعد منه فلا تصح عقوده بالاتفاق ـ كما سبق[4].

---

(١) الموافقات (٢/٣٢٧ـ ٣٢٨).

(٢) سبق تخريجه في ص (٢١٠).

(٣) يراجع ص (٢١٠ ـ ٢١٢) من هذه الرسالة.

(٤) يراجع ص (٢٢٧ ـ ٢٣٦) من هذه الرسالة.

أدلة الحنفية، ومناقشتهم:

استدل الحنفية على عدم اشتراط الرضا في العقود التي لا تقبل الفسخ في نظرهم بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فالآيات الواردة بخصوص الطلاق، والنكاح والرجعة لم تقيد الحكم إلا بإنشاء الطلاق، أو النكاح، أو الرجعة، أو العتاق أو نحوها، ولم تشترط في تحققها القصد والرضا مما يدل على أن الركن الأساسي فيها هو صدور اللفظ من العاقل البالغ، وذلك كقوله تعالى: ﴿ ... إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ... ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَها فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِما أَنْ يَتَراجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدودَ اللَّهِ﴾[3]، فهذه الآيات ونحوها في هذه التصرفات القولية لم تقيد إنشاء الطلاق بالقصد والرضا.

ثم إن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود فقال تعالى: ﴿ يا أَيُّها الذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعُقُودِ ﴾[4]، والعقد يتحقق بما يتلفظ به الإنسان من الصيغ الدالة على الالتزام، وذلك لأن القرآن الكريم قد نص على أن الإنسان مسؤول عن كل ما يقوله ويتفوه به لسانه، قال تعالى: ﴿ ولا تَقْفُ ما لَيْسَ لَكَ بِهِ علمٌ إنَّ السَمْعَ والبَصَرَ والفُؤادَ كُلُّ أولئكَ كانَ عنه مسؤلاً﴾[5].

وأما السنة فقد وردت في هذا المعنى أحاديث:

١ ـ منها حديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة»[6].

٢ ـ وروي عن الحسن مرسلاً أن النبي ﷺ قال: «من طلق لاعباً، أو أعتق لاعباً فقد جاز»[7].

---

(١) سورة الطلاق: الآية ١.

(٢) سورة النساء: الآية ٣.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) سورة الإسراء: الآية ٣٦.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) ذكره ابن حزم في المحلى (١١/٥٢٨)؛ والشاطبي في الموافقات (٢/٣٢٦).

٣ ـ وروى الترمذي عن عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»[١]، فهذا الحديث عام في وقوع كل طلاق إلا طلاق من لا عقل له كالمجنون ونحوه.

٤ ـ وروى العقيلي عن إسماعيل بن عياش، عن الغازي بن جبلة عن صفوان الطائي أن امرأة أكرهت زوجها على الطلاق فطلقها ثلاثاً فقال النبي ﷺ فيه: «لا قيلولة في الطلاق»[٢].

وأما الآثار عن الصحابة فقد ورد عن بعضهم ما يدل على عدم اشتراط القصد والرضا في الطلاق، فقد روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «أربع جائزات إذا تكلم: الطلاق والعتاق والنكاح والنذر»[٣]، وروي عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره[٤].

ويمكن أن نناقش هذه الأدلة بما يأتي:

أولاً: إن الآيات الكريمة ليس فيها في نظرنا ما يدل على دعوى الحنفية في عدم اشتراط القصد مطلقاً في النكاح والطلاق والرجعة ونحوها، فهي لا تدل على الاكتفاء باللفظ فقط دون تحقق القصد، وذلك بدليل أن لفظ الطلاق الصادر من النائم، أو المجنون، أو نحوهما ملغى بالإجماع[٥]. فالآية حينما تقول ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ ﴾ تعني: أنشؤوا الطلاق الشرعي المعتبر، وهو ما صدر عن عاقل بالغ مختار، أي لا مكره ولا مخطىء ولا غافل، فالآية مخصصة حتى على رأي الحنفية حيث أخرج من حكمها المجنون والصبي، إذن أصبحت دلالتها ظنية كما يقولون[٦]، وحينئذ يمكن تخصيصها بالحديث الصحيح الوارد بعدم مؤاخذة المكره والمخطىء والناسي[٧].

---

(١) سنن الترمذي كتاب الطلاق (٤/٣٦٩).

(٢) نقله عن العقيلي الزيلعيُّ في: نصب الراية (٣/٢٢٢)، ورواه ابن حزم في المحلى (١١/٥٢٦).

(٣) ذكره الشاطبي في الموافقات (٢/٣٢٦)، وذكره كرأي ابن حزم في المحلى (١١/٥٢٥).

(٤) يراجع نصب الراية (٣/٢٢٢)، وأسنده إلى مصنف عبد الرزاق.

(٥) يراجع الفصل الثاني من الباب الأول. ويراجع الأشباه للسيوطي ص (٥٥).

(٦) يقول الحنفية: إن العام دلالته قطعية إلى أن يخصص فإذا دخله التخصيص أصبحت دلالته ظنية وحينئذ يسهل تخصيصها بأحاديث الآحاد.

يراجع: التلويح على التوضيح (١/٧٣).

(٧) يراجع ص (٢١٣) من هذه الرسالة.

بل إن الكلام ـ كما عليه جمهور النحاة ـ لا يتحقق إلا إذا كان عن قصد[1]، وحينئذ لم يتحقق الكلام بدون القصد فيكون لاغياً، فلا يتحقق الإنشاء حتى يترتب عليه الأثر، قال الشاطبي: «إن العرب إنما كانت عنايتها بالمعاني، وإنما أصلحت الألفاظ من أجلها، وهذا الأصل معلوم عند أهل العربية، فاللفظ وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى هو المقصود»[2].

وأما قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ فليس فيه أي دلالة على دعواهم أيضاً، وذلك لأننا لا نسلم أن العقد هو صدور اللفظ فقط، دون تحقق عزم القلب عليه، وذلك لأن العقد ـ كما قال أهل اللغة ـ هو العهد الموثق، وما يعزم القلب عليه، إذن فلا يتحقق إلا إذا وجد القصد والعزم، بل كيف يتحقق التوثيق إن كان القلب في واد، واللفظ في واد آخر. فهذا الدليل قلب عليهم، ودليل للجمهور.

وأما الأحاديث التي ذكروها فلا تنهض أيضاً حجة على دعواهم، أما الحديث الأول فمسلم ثبوته، والجمهور أيضاً يقولون به لكنه لا يلزم من القول بوقوع طلاق الهازل ونكاحه القول بعدم اشتراط القصد مطلقاً في هذه العقود، وذلك لأنها لكونها تتعلق بأمور خطيرة شدد فيها الشارع، كما أنها تعتبر من حقوق الله تعالى التي لا لعب فيها ولا هزل، ولذلك فمن تلفظ بالكفر هزلاً أو استهزاء فقد كفر[3]، كما أن الهازل قد قصد اللفظ باختياره، فلا يمكن أن يقاس عليه المكره، والمخطىء، ومن سبق لسانه ونحوهم، كما سبق.

والحديث الثاني مرسل وهو لا يحتج به عند الكثيرين[4]، ولو سلم فأقصى ما يدل عليه هو عدم وقوع طلاق اللاعب وهو الهازل، فيكون جوابه ما ذكرناه آنفاً.

وأما الحديث الثالث فهو ضعيف جداً لا ينهض حجة وذلك لأن الترمذي الذي رواه قال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف

---

(١) ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر ص (٥٥)؛ وابن نجيم في أشباهه ص (٥٤)، عن جمهور النحاة. ولا يخفى أن السيوطي لـه قدم راسخ في علم النحو حيث ألف فيه الكثير.

(٢) الموافقات (٢/٨٧).

(٣) أعلام الموقعين (٣/١٢٤ ـ ١٢٥).

(٤) يراجع في تفصيل ذلك الرسالة للشافعي، فقرة (١٢٦٢)؛ والمجموع للنووي (١/٦٠)؛ وأدب القاضي للماوردي (١/٣٩٨)؛ والمستصفى (١/١٦٩)؛ والتحرير ص (٣٤٣)؛ والأحكام للآمدي (٢/١٧٨)؛ ونهاية السول (٢/٢٦٧).

ذاهب الحديث»[1]. وذكر ابن حزم أن عطاء بن عجلان مذكور بالكذب[2]. وذكر الحافظ ابن حجر أن عطاء هذا متروك، بل أطلق عليه ابن معين والفلاّس وغيرهما الكذب[3]. فإذا كان في سنده هذا البلاء فكيف يقبل؟! ثم إن الحنفية قد خالفوا مذهبهم في الاستدلال بهذا الحديث، لأن راويه ابن عباس قد ثبت عنه القول بإبطال طلاق المكره، فكان المفروض على ضوء قواعد مذهبهم أن تكون العبرة بما رآه لا بما رواه حيث تركوا بعض الأحاديث لأن راويها قد أفتى بخلاف مضمونها[4].

وأما الحديث الرابع فهو أيضاً أضعف من ذي قبل حيث إن في سنده صفوان وهو منكر الحديث، وبقية ضعيف[5].

وأما الآثار فعلى الرغم من أن الحجة ليس في بعضها ضد بعض لكنها لم تسلم من ضعف، كما أنها روى خلافها عنهم فقد روى بسند صحيح عن ابن عمر وابن عباس وكثيرين عدم وقوع طلاق المكره[6].

فعلى هذا فلم تستطع هذه الأدلة أن تقف صامدة أمام المناقشة، فلا تنهض إذن حجة على دعواهم.

وقد استدل الحنفية على كون الرضا شرطاً لصحة العقود وليس ركناً لها بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُم بالباطِلِ إلاَّ أَنْ تَكونَ تِجَارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾[7]، وجه استدلالهم بها أن الله اشترط لحل الأموال بين الناس الرضا، فإذا لم يتحقق لم يحصل الحل، ولا شك أن الحل أمر خارج عن حقيقة العقد، بل هو ثمرة من ثماره، فلا يلزم من عدمه عدم العقد، فهذا هو المراد بكون الرضا شرطاً لصحة العقد، لكن هذه الآية لا تدل على أن الرضا ركن من أركان العقد، ولا شرطاً

---

(١) سنن الترمذي مع التحفة (٤/٣٧٠).

(٢) المحلى (١١/٥٢٧).

(٣) تقريب التهذيب (٢/٢٢).

(٤) مثل تركهم الحديث القائل بوجوب غسل الإناء سبع مرات لأن راويه أبا هريرة قد أفتى بوجوب الغسل ثلاث مرات.

انظر: فتح القدير (١/٧٥ ـ ٧٦). وراجع للرد عليهم المحلى لابن حزم (١١/٥٢٧).

(٥) المحلى لابن حزم (١١/٥٢٦).

(٦) يراجع المحلى (١١/٥٢٤ ـ ٥٢٩). وراجع الفصل الثاني من الباب الأول.

(٧) سورة النساء: الآية ٢٩.

لانعقاده، وذلك لأن الشيء قد ينعقد مع أنه حرام، فالصلاة في أرض مغصوبة صحيحة مع أن فاعلها آثم، وذلك لأن العقد يتم بالإيجاب والقبول الصادرين من مكلفين فقط، فإذا تحققا فقد تحققت صورة العقد، أما تحقق القصد الباطني والرضا فهو شرط لترتب الأثر عليها، ومن هنا فالرضا شرط لترتب الآثار، وهو المقصود بشرط الصحة، فعلى هذا فالعقود المالية إذا فقد فيها الرضا، وانعدم فيها قصد الأثر ـ كما في حالة الإكراه ونحوه ـ منعقدة لوجود ركني الرضا، وهما الإيجاب والقبول الصادران من العاقلين، لكنها فاسدة، فإذا أجازها من فقد فيها رضاه فقد زال المانع، وترتب الأثر عليه.

ويدل العقل على ما ذكرناه حيث إن الصيغة لها حكمان: أحدهما الانعقاد وهو مقترن بالإيجاب والقبول ومعناه الارتباط الحاصل من الخطاب والجواب.

والثاني: زوال الملك وهو حكم منفصل عن الانعقاد، ويدل على ذلك أن الانعقاد على تجرده معقول في نفسه بل محقق في مسائل كالعقد في مدة الخيار، والهبة قبل القبض فإنها منعقدة ولم يتأثر المحل بها. وإذا كان هذا الأمر معقولاً، بل ثابتاً فلا بد من التفريق بين الانعقاد والصحة، وذلك بأن لا يشترط للانعقاد إلا أهلية الخطاب والجواب، فمهما صدر الإيجاب والقبول من أهلهما وصادفا محلاً قابلاً لحكمهما فقد ثبت الانعقاد، وأما الحكم الثاني ـ أي زوال الملك ـ فهو مشروط للصحة، ويشترط لتحققه الرضا والولاية على المحل.

ثم إن صور الأسباب الشرعية ـ أي الإيجاب والقبول ـ هي المرعية المعتبرة في الأحكام دون معانيها، وذلك لأن المعاني لو كانت معتبرة في انعقاد العقد لبطلت فائدة نصب الأسباب، إذ لا فائدة فيه سوى إدارة الحاكم عليها دفعاً للعسر والحرج عن الناس[1].

ويمكن أن نناقش هذا الدليل بأن هناك فرقاً كبيراً بين مسألة الصلاة في أرض مغصوبة، ومسألة عقد تم بدون الرضا، فالصلاة لها غاية خاصة تتحقق في أي مكان كانت، وبعبارة أخرى أن كون مكانها حلالاً أو حراماً أمر خارج عن الصلاة بالكلية، وأما حل أموال الناس فهو الغرض الأساسي من إنشاء العقد، فالحل هنا يعني صحة انتقال ملكية شيء إلى آخر، وهو المطلوب من العقد أن يحققه، فإذا لم يتحقق القصد لم يتحقق المقصود. ثم كيف نقيم وزناً لشيء لم يتحقق فيه الغرض الأساسي منه، وكيف

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ص (٨٧ ـ ١٥٧).

نـقيم الـوزن لشيء محرم حرمه الله تعالى ونهى عنه؟ وكيف يترتب الانعقاد ـ وهو أثر مهم ـ على شيء محرم؟.

وأما الجواب على دليلهم العقلي فهو أن هذا التقسيم إن كان صحيحاً من حيث الجانب الفني فلا يمكن أن يكون مقبولاً من حيث الواقع الفقهي، وذلك لأن المقصود بانعقاد العقد هو الوفاء به وذلك بترتيب الأثر عليه وتنفيذه، فإذا كان لم يصل الانعقاد إلى أن يترتب عليه هذا الأثر فلا نسلم انعقاده، ولذلك قال الشافعي: لا معنى للانعقاد سوى كون العقد مفيداً للحكم الذي وضع له(١). ثم إن قياسهم هذه المسألة على مسألة البيع بالخيار قياس مع الفارق، إذ الأخير منعقد صحيح باتفاق الجميع لكن الطرفين اتفقا على وقف انتقال الآثار لفترة محددة، ولهذا إذا مضت المدة أصبحت الآثار مترتبة على العقد دون الحاجة إلى أي عمل آخر، وكذلك قياسهم على مسألة الهبة قبل القبض حيث إنها منعقدة وصحيحة في حين أن العقد المالي بدون الرضا والقصد لا يكون صحيحاً حتى عندهم. ثم إننا لا نسلم أن المعتبر في الأسباب صورها لا معانيها، كما أننا لا نسلم النتيجة التي رتبوها عليها وهي أنها لو كانت ـ أي معانيها ـ معتبرة لبطلت الفائدة.

وذلك لأننا نسلم أن الأسباب الشرعية الظاهرة ـ كالصيغة ـ وضعت لدفـع الحرج عن الناس حتى لا يبحثوا عن الأمور الباطنة التي يتعذر الوصـول إليها، لكن ذلـك لا يعني إلغاء المعـاني البتة، أو أن اعتبـار المعنى يعني إلغـاء دور السبب الظاهر، فليس بينهما هذا التنافر حتى لا يجتمعا بل المعنى كالروح للفظ، وبدونه يبقى جثة هامدة، وإنما يعني ذلك أن تناط الأحكام الشرعية والآثار بهذه الأسباب الظاهرة باعتبارها تمثل المعاني الباطنة الخفية، بحيث إذا وجد السبب الظاهر لا يبحث عما وراءه، لأنه دليل عليه، لكنه لو ثبت أن المعنى الباطن غير موجود لما يبقى لهذا الظاهر قيمة، ويبطل مفعوله، وهذا هو مراد الجمهور حيث يقولون بأن الرضا أصل العقد وأساسه، وأن التعبير دليله، وسببه الظاهري الذي لا يبحث عند وجوده عن الرضا الباطن باعتباره دليلاً عليه، لكن لو ثبت عدم وجود ذلك الرضا كما في حالات الإكراه والخطأ والغفلة ونحوها فلا يبقى لهذا القالب المفرغ من محتواه أيُّ قيمة، إذن فلا عبرة بصور الأسباب الشرعية الخالية عن المعاني الشرعية التي تتضمنها، قال الزنجاني: «إن صور الأسباب لا تناسب الأحكام، وإنما المناسب ما تتضمنه صور الأسباب، وحيث اعتبرنا صور الأسباب دون مضمونها فذلك لتعذر الوقوف والإطلاع

(١) تخريج الفروع على الأصول لشهاب الدين الزنجاني ص (٨٨).

على مضمونها وإلا فمتى أمكن الإطلاع على مضمون السبب فهو المعتبر، لا صورة السبب»[1].

أدلة الجمهور مع المناقشة:

واستدل الجمهور على كون الرضا ركناً في العقود بالكتاب والسنة، والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾[2]، وجه الاستدلال به من حيث إنه قد حصر حل أكل أموال الناس في تجارة قائمة على التراضي، والحل هو أثر العقد فإذا لم يتحقق دل على عدم تحقق الأساس، وبعبارة أخرى أن الآية الكريمة تدل على أن ما وراء التجارة عن تراض فإن الألفاظ لا تستطيع أن تؤدي إلى حل شيء، إذن فلم ينعقد العقد باللفظ المجرد عن التراضي حتى يجب الوفاء به، فإذا كانت هذه الآية قد قيدت الحل في المعاوضات بالتراضي، فإن آية أخرى قد قيدت التبرعات بطيب النفس قال تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾[3].

ثم إن القرآن الكريم قد نص على اشتراط عزم القلب وعقده في تحقق كثير من الأمور، وعفى عما جرى في اللسان دون أن يكون له أصل في الجنان فقال تعالى: ﴿لا يُؤَاخِذُكم اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُم ولَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُم وَاللَّهُ غَفورٌ حَليمٌ ﴾[4]، وقال تعالى بخصوص مناداة الشخص باسم غير أبيه: ﴿ ولَيْسَ عَلَيكُم جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ ولَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾[5]، فهذه الآيات وغيرها تدل على أن اللفظ الجاري على اللسان ليس محل المؤاخذة، ولا يترتب عليه أثر إلا إذا كان خارجاً عن القلب ومعبراً عما فيه.

وأما السنة فقد أكدت هذه المعاني السامية في الآيات السابقة، وبينتها بأوضح عبارة حيث يقول النبي ﷺ: «إنما البيع عن تراض»[6]، فقد حصر حقيقة البيع في رضا الجانبين، ولا معنى لذلك إلا أن يكون الرضا ركناً أساسياً له.

---

(١) تخريج الفروع ص (١٥٨).
(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.
(٣) سورة النساء: الآية ٤.
(٤) سورة البقرة: الآية ٢٢٥.
(٥) سورة الأحزاب: الآية ٥.
(٦) سبق تخريجه.

وأما المعقول فهو أن التعبير ـ كلفظ وغيره ـ إنما يعتد به باعتباره دليلاً على الرضا الباطن، فإذا لم يتحقق الأصل، والمبنى فكيف يعتد بما يبنى عليه؟ وإذا لم يوجد المدلول فلا يبقى للدال من مكان يرتكن إليه.

وقد ناقش الحنفية هذه الأدلة بأن الآيات والأحاديث كلها منصبة على جانب الصحة دون جانب الانعقاد، فآية التراضي حصرت الحل في التراضي، دون الانعقاد الذي يمكن أن يتم بدونه، وكذلك الحديث الشريف حصر صحة البيع في التراضي دون انعقاده.

ويمكن الإجابة عن ذلك بأن ذلك تحكم وتقييد من غير دليل، فقد ذكرنا الجواب عما قالوه في الآية، وأما الجواب عما قالوه في الحديث فهو أن الحديث جاء بصيغة الحصر الدائر بين النفي والإثبات، وجاء النفي مطلقاً ولم يقيد لا بالصحة، ولا بالانعقاد، ومن هنا فالأولى التعميم والإطلاق دون التقييد والتضييق، ولو اضطررنا إلى التقييد والتضييق لكان تقدير ما يدل على نفي الحقيقة، أو ما هو أقرب منها أحسن وأولى.

الترجيح:

بعد هذا العرض والمناقشة التي ظهر لنا من خلالها أن أدلة السادة الحنفية لم تنهض حجة على دعواهم، في حين صمدت أدلة الجمهور أمام المناقشة، ولهذا ليس أمامنا إلا ترجيح رأي الجمهور، الذي تدعمه الأدلة التي نطقت باعتبار الرضا وجعله الركن الأساسي في العقود، وبالإضافة إلى ما سبق ـ فإن تقسيم الحنفية إلى عقود قابلة للفسخ، وعقود غير قابلة لها إذا كان له ما يبرره من الجانب الفني الفقهي، لكنه لا بد أن لا يصل إلى هذه الدرجة من أن يلغى القصد والرضا في العقود غير القابلة للفسخ كالطلاق والنكاح ونحوهما. فهي ـ مهما كانت ـ تصرفات قولية تترتب عليها آثار خطيرة لا تقل خطورة عن الآثار التي تترتب على العقود القابلة للفسخ كالبيع ونحوه، بل قد تزيد عليها، وذلك لأنها تتعلق بالأبضاع التي اتفق الفقهاء على أن الأصل فيها الحرمة[1].

مع أن البيع ونحوه يتعلق بالأموال التي وإن كانت لا تحل إلا بالتراضي لكن أمرها أسهل، فمثلاً أن البيع الفاسد لو اتصل به القبض ترتب عليه أثره ـ إلا في حالة الإكراه ونحوه كما سبق ـ في حين أن النكاح الفاسد لا يؤثر فيه القبض حتى عندهم.

---

(١) الموافقات للشاطبي (٣/١٤٥)؛ وتهذيب الفروق بهامش الموافقات (٣/١٨٠).

وأيضاً فإن صحة الكلام ـ فضلاً عن العقود ـ بوجود القصد، وقد نقل السيوطي وابن نجيم عن جمهور النحاة أنهم يشترطون لتحقق الكلام تحقق القصد فيه[1] بل إن بعض فقهاء الحنفية ذكروا أن ماهية البيع اللغوية هي مبادلة المال بمال عن تراض[2]، فعلى هذا يكون التراضي جزءاً من ماهيته اللغوية، فجاء الشرع فأقرها، يقول الحافظ العيني الحنفي: «فإن وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون بيعاً»[3]. قال ابن الهمام: «والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً، فإنه لا يفهم من: «باعه...» إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصباً وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة: باعه»[4]، ومثله نقل عن القهستاني والكرماني وغيرهما[5]. فإذا كان التراضي جزءاً عن ماهية البيع لغة وشرعاً فكيف تتحقق بدونه؟.

ثم إن اعتبار بعض العقود كالنكاح من العقود التي لا تقبل الفسخ غير مسلم يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «إن قول من قال من الفقهاء...: إن النكاح لا يقبل الفسخ لا دليل عليه، بل الكتاب والسنة، والآثار، والقياس تدل على نقيضه، وإن النكاح يقبل الفسخ، كما هو قول أصحاب رسول الله ﷺ وأكثر السلف...، والخلفاء الراشدون أثبتوا الفسخ بالعيوب...»[6].

ومن جهة أخرى أن الأحاديث التي أوردها الحنفية ـ على الرغم من ضعفها ـ تتعلق بالطلاق فقط، فلنا أن نتساءل ما هو الدليل على عدم اشتراط القصد في النكاح؟.

فالأدلة طافحة باشتراط الرضا الكامل في النكاح فقد قال تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[7]، فقد منع الله تعالى الأولياء من منعهم عن الزواج ما داموا قد تراضوا بينهم بالمعروف، وقال تعالى في المهر: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾[8] مما يدل على أن

(١) الأشباه للسيوطي ص (٥٥)؛ والأشباه لابن فجيم ص (٥٤).
(٢) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، ط. لاهور ١٣٢٤ هـ (٣/٣).
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) فتح القدير (٥/٧٣).
(٥) حاشية مولانا الحافظ على رمز الحقائق (٣/٣).
(٦) قاعدة العقود ص (١٥٦).
(٧) سورة البقرة: الآية ٢٣٢.
(٨) سورة النساء: الآية ٢٤.

المدار على التراضي، وقال تعالى: ﴿فانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[1] مما يدل على أن الإنكاح إنما يتحقق بالإذن وهو الرضا، وهو لا يتحقق تحت وطأة الإكراه، أو مع الخطأ، والغفلة، والنسيان، كما أن السنة دلت بكل وضوح على أن النكاح لا يتم إلا بالتراضي، بل قد رد رسول الله ﷺ نكاح خنساء التي كان أبوها قد زوجها وهي كارهة[2]. وحتى الطلاق فالآيات الواردة فيه تدل على اشتراط القصد لوقوعه حيث يقول الله سبحانه: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[3]، وقال تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[4]. ولا شك أن التسريح بإحسان لا يمكن أن يتم بدون الرضا والقصد ولذلك فالراجح هو أن الرضا ركن في جميع العقود، وهذا هو القاعدة العامة، ولا ينعقد عقد، أو يصحح بدونه إلا لدليل خاص استثناء كطلاق الهازل، ونكاحه ونحوهما، وكبيع المكره بحق لأداء ديونه ـ كما سبق توجيه كل ذلك ـ.

المطلب الثاني
مكانة الرضا في العقود في القانون

سبق أن ذكرنا أن الرضائية ـ كمبدأ عام ـ لم تظهر في القانون الروماني طوال عصوره، بل ظل على تقديسه الشكلية، واشتراطها في جميع العقود باستثناء أربعة منها اعتبرت رضائية ابتداء من أواخر العصر الجمهوري، وقد قننها جوستنيان حيث يقول (المتون ٢، ٢٢): «يتم بالتراضي انعقاد الالتزامات في البيع، والإجارة، والشركات، والتوكيلات»[5].

(١) سورة النساء: الآية ٢٥.

(٢) سبق تخريجه في ص (٣١٣).

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٤) سورة الطلاق: الآية ٢.

(٥) يراجع: د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (١٤٨)؛ ود. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٩)؛ وسلطان الإرادة في القانون الروماني ص (١٨)؛ ومارسيل، المصدر السابق (١/١٧ بند ٤١)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية السابقة الإشارة إليها؛ ود. البدراوي، النظرية العامة للالتزامات ص (٥٣)؛ ود. عمر ممدوح مصطفى، الفقه عند الرومان، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية، والاقتصادية بالإسكندرية، العدد الرابع ١٩٤٨، ص (٦٢١).

ويراجع: الباب التمهيدي من هذه الرسالة.

وأما التشريعات الحديثة فقد جعلت التراضي الركن الأساسي في جميع العقود، وحتى العقود التي اشترط لها نوع من الشكلية لا تتم بدون التراضي، وإن لم يكن حينئذ الركن الوحيد. فالقانون المدني الفرنسي قد قرر في مادته (١١٠٨) بأن العقد لا يتم إلا برضا الطرفين[١]، وكذلك فعل القانون المدني المصري حيث جعل التراضي أول أركان العقد، ونص في مادته (٨٩) على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين...»[٢]، فقد جعل الإرادتين المتطابقتين ركن العقد، وهكذا الأمر في القانون المدني العراقي حيث جعل التراضي أحد أركان العقود ووضعه في المرتبة الأولى من بين الأركان[٣]، فالعقد على ضوء التشريعات الحديثة لا يمكن أن ينشأ إلا إذا كانت هناك إرادة بالالتزام من الطرفين، وأن يحصل بينهما اتفاق، ويتلاقى الرضاءان ولا يتعارضان، بحيث يتجه كل واحد منهما إلى نفس ما اتجه إليه رضا الآخر من حيث ماهيته وجوهره، وغرضه، وشروطه[٤]، وقد يثار التساؤل في مدى تحقق الرضا في مسألة التوقيع على البياض مع أن الموقع الذي أعطى لصاحبه هذا الحق لا يدري ماذا يكتب، ويشترط؟ وإذا لم يدر فكيف يتم الرضا؟.

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: مارسيل، المصدر السابق بند (٥٢، ٥٣)؛ وموراندبه، المصدر السابق (١٥٧/٢)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٣٨ بند ٣٩)؛ وديموج، الالتزامات (٢/ بند ٥٤٦)؛ وشيفاليه، المصدر السابق ص (٥١)؛ وجينوجورلي، المصدر السابق ص (٢٦)؛ ومقالة جان بيير بعنوان: حماية الرضاء المنشورة في مجلة «ثلاثة الشهور للقانون المدني» سنة ٧٥، يناير ـ مارس ١٩٧٦، وبيرسبادورما، إعلان الإرادة مع مقدمة ريني ديموج، ط. باريس، ١٩٣٠، ص (٤٨، بند ٣٧).

(Repertoine De Drot Civil T. 11, 1978. P. 21).

(٢) ويراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ بند ٦٨)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق بند (٣٤)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٥٢/١)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (٤٧)؛ ود. محمد علي عمران، المصدر السابق ص (٢٣)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١٨٥/١)؛ ود. البدراوي، المصدر السابق ص (٥١)؛ ود. محمد مختار القاضي، المصدر السابق ص (٣٥)؛ ود. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام ص (٦٥)؛ ود. حسين النوري، نظرية العقد ص (٢٦)؛ ود. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق (٦١/١).

(٣) يراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (٥٣/١)؛ ود. حسن ذنون، المصدر السابق ص (١٥)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١٠٠/١)؛ ود. غني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (٨٩/١)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، المصدر السابق (٣١/١).

(٤) المصادر السابقة جميعها.

فقد أجاب الفقه عنه بأن هذه المسألة لا تخرج عن العلم في الجملة والرضائية فالموقِّع على البياض من حسن نيته قد أعطى إذناً عاماً، حيث منح له الحرية التامة إذن يدخل من ضمن أفراد هذا الإذن العام جميع الأمور المتصورة التي يكون من ضمنها العقد الذي يكتب له، والشروط التي يحررها حسب ما تقتضي به قواعد حسن النية، ولذلك تعاقب المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات الفرنسي على سوء استخدام التوقيع على البياض[١].

ثم إن الرضا المعتبر الذي يكون أحد أركان العقود هو الرضا الموجود الصحيح، والذي تم فيه ركنه وشروطه التي ذكرناها[٢]، وإلا فلا اعتداد برضا لا يتوفر فيه القصد والتمييز، أو الجدية، والحرية والاختيار.

وقد ثار التساؤل في الفقه الحديث حول كون الرضا هل هو أحد أركان العقود، أو ركنها الوحيد؟.

فجمهور الفقه على أن التراضي ليس ركن العقد الوحيد، بل إن بجانبه أركاناً أخرى لكنهم اختلفوا في تحديدها فذهب البعض إلى أنها السبب، والمحل، فتكون الأركان ثلاثة[٣]، في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى اقتصار أركانه على التراضي والسبب مبرراً موقفه بأن العقد إذا كان لا يقوم إلا على الإرادة، فإن الإرادة أيضاً ما دامت واعية لا تتجه على غير هدى لإنشاء التزام بل تستهدف حتماً في تحقيقه غاية معينة تسمى في الاصطلاح القانوني سبب الالتزام، فعلى هذا يكون للعقد ركنان هما التراضي، والسبب، وأما المحل فعلى الرغم من أهميته وأن الالتزام لا بد أن يكون له محل بالضرورة، لكنه في الواقع ليس ركن العقد، بل هو ركن الالتزام عامة[٤].

---

(١) يراجع: مارسيل، المصدر السابق (١/ بند ٥٢، ٥٣).

(٢) سبق ذكره في الباب الأول.

(٣) حشمت أبو ستيت، المصدر السابق بند (٧٢)؛ ود. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق بند (٦٢)؛ ومبادىء القانون، ط. دار النهضة ١٩٧٧، ص (٣٢٦)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص (٤٧/١)؛ وجوليو، بند (١٤٦ ص ١٧٠)، المشار إليه في د. مالك دوهان، المصدر الساق (١٠١/١)؛ ود. الحكيم، المصدر السابق (٥٢/١).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٢١٠ بند ٦٨)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق (ص ٦٤ بند ٣٤).

وذهب اتجاه آخر إلى أن التراضي هو الركن الوحيد للعقد، لأن السبب أيضاً يستلزم من الإرادة الواعية حيث إن وجودها يستلزم وجود السبب، فلا حاجة إذن من عده ركناً ما دام متضمناً في الرضا[1].

تلك هي أركان العقد عموماً يضاف إليها الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية[2].

وأما القانون الإنجليزي ـ فعلى الرغم من أنه لم يتبنَ النظريات العامة بما فيها الرضائية ـ كما هي عليها الحال في القوانين ذات الصبغة اللاتينية ـ لكنه لا بد لكي يتحقق العقد ـ أي غير الرسمي ـ أن يحصل اتفاق الطرفين ورضاهما، وذلك بأن ينصرف قصد الأطراف إلى نشأة علاقة قانونية، وأن يكون هذا القصد لم يَشُبْهُ خطأ، أو إكراه[3]، فقد اشترطت السوابق القضائية تحقق (agreement) في العقد، وهو مصطلح يعني الاتفاق الذي يقرب من مصطلح التراضي (Coonsentement) في القوانين الأخرى. لكن ذلك يجب أن لا يدفعنا إلى القول باكتفاء التراضي بوحده، وذلك لأن الاتفاق لا يكون ساري المفعول قانوناً إلا إذا تحقق فيه شرط آخر وهو تحقق الشكل إن كان العقد شكلياً، وتحقق المقابل إن كان عرفياً[4]. يقول ولسون: «وهذا المطلب له أصول تاريخية. . . فالقانون العام يقر الوعود الملزمة لكنه يرفض أن يكون مقابل الوعد وعداً محضاً ما لم يكن هذا الوعد مقروناً بمقابل. . . وقد فسر أحد الشراح موقف القانون العام كالآتي: إن المقابل، والعرض، والقبول وحدة ثلاثية لا تنفصم، فهي أوجه متعددة لمفهوم واحد وهو المساومة. . .». فالوعد الشفوي غير المقترن بمقابل لا ينشأ عنه التزام قانوني»[5].

* * *

---

(١) د. غني حسون طه، المصدر السابق (١/٨٨).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) يراجع: شيتي، المصدر السابق بند (٤١، ٤٢)؛ وولسون، المصدر السابق ص (٧١، ٧٥)؛ وبولوك، مبادىء العقد، الطبعة التاسعة، سنة ١٩٢١، ص (٦١)؛ ووليستون، المصدر السابق (بند ٢)، ومقالة جورج جاردنر السابقة الإشارة إليها ص (٥)؛ وترايتيل، قانون العقد، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٧٩، ص (٧٠).

(٤) ولسون، المصدر السابق ص (٤١)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٢).

(٥) ولسون، المصدر السابق ص (٤١ ـ ٤٢).

المبحث الثاني
مدى قدرة الرضا على الإنشاء

تمهيد:

الرضا ـ كما سبق ـ هو القصد المتجه نحو ترتيب الأثر، وهو ماهية مطلقة مفردة لا تدل على واقعة مزدوجة، بل تتحقق برضا واحد وبأكثر، ولهذا تكون دراستنا في هذا المبحث عن مدى قدرة الرضا المنفرد ـ أي دون أن يكون في مقابلة رضا آخر ـ: هل يستطيع إنشاء الأثر؟ وهذا ما اشتهر في اصطلاح الفقه الوضعي بالإرادة المنفردة، وفي مدى قدرته على الإنشاء إذا انضم إليه رضا آخر، وهو التراضي، وقد سبق أن ذكرنا أنَّ الفقه الإسلامي يفسر العقد بمعنى أشمل وأوسع مما عليه الفقه الوضعي، حيث أراد به مطلق الارتباط الشامل لكل ما يلتزم به الإنسان سواء كان له مقابل أم لا انطلاقاً من نزعته الدينية التي تسوده، والتي توقع المسؤولية على الإنسان حيال كل ما يتفوه به، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالبَصَرَ والفؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كانَ عَنْهُ مَسْـؤلاً﴾[1]، فقد فسر الفقهاء المسلمون العقود التي يجب الوفاء بها ديانة وقضاء بأمر من الشارع الحكيم: ﴿أَوْفُوا بالعُقُودِ﴾[2] بكل ما يلتزم به الإنسان سواء كان أمام ربه، أو أمام الإنسان دون النظر إلى وجود التزام آخر ـ كما سبق ـ ومن هنا اكتسبت العقود ـ بهذا المعنى العام الشامل للإرادة المنفردة، والإرادتين ـ قوتها الإلزامية من نص الشارع، فليس هناك فرق ـ من حيث الإلزامية ـ بين ما تم بالإرادة المنفردة، وما تم بالإرادتين، لأنَّ مصدر الالتزام الأساسي في كليهما هو هذا الأمر الإلٓهي غير أنَّ الالتزام إذا تعلق بشيء كان له علاقة بشخص آخر فلا بدَّ أن يراعي رضا الأخير أيضاً ليتم الالتزام المزدوج، فالإيجاب في العقد ـ بمعناه الخاص ـ لا يترتب عليه أثر إن لم يتصل به رضا الآخر، وإلى أن يتصل به رضا الآخر فله الحق في الرجوع عنه عند جمهور الفقهاء[3]، وذلك لأنَّ الإيجاب وإن كان قد نطق به الموجب لكن صيغة التعبير عنه، ونيته تدلان على الاشتراط والتقييد، فمن قال: «بعتك هذا المنزل بألف دينار» يعني أنَّه قد التزم بالبيع إذا ما التزم المخاطب بدفع ألف دينار، غير أنَّ المالكية خالفوا

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٣٦.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) أي خلافاً للمالكية. يراجع: فتح القدير (٥/٧٨)؛ والروضة للنووي (٣/٣٣٦)؛ والغاية القصوى (١/٤٧٥)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦٢)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٢٢٥)؛ والبحر الزخار (٤/٣٤٥).

الجمهور وساروا على عموم الالتزام بكل ما يتفوه به الإنسان فقالوا: إنَّ الموجب ليس له حق الرجوع بل يلتزم بإيجابه أمام من وجهه إليه إذا كان بصيغة الماضي إلى أن ينتهي المجلس أو يظهر رأيه، فليس بمقدور الموجب أن يسحب إيجابه[1]. وكذلك الأمر عندهم في التبرعات حيث يجبر الواهب بمجرد إيجابه على تمكين الموهوب له من الموهوب[2] لكن هناك بعض المسائل يكون الإيجاب فيها ملزماً حتى عند الجمهور أيضاً مثل مسألة تمليك الزوج الزوجة أمر نفسها في الطلاق فإذا قال الزوج: ملكتك أمر نفسك، أو جعلت لك أمر الطلاق فليس له أن يرجع في المجلس عن هذا الإيجاب، عند الجمهور أيضاً[3]، ما عدا الحنابلة[4]، غير أنَّ هذه المسألة ـ في تقديري ـ نابعة من أنَّ الطلاق حق الزوج وحده وأنه بوحده يملك إنشاءه، ومن هنا فتمليكه أمر نفسها وإن كان في صورة الإيجاب وأنَّ الطلاق لا يتم إلَّا بأن تطلق نفسها لكنه في الواقع طلاق معلق على قبولها ورضاها كما أنَّه لا يخفى أنَّ الطلاق من الإسقاطات للحقوق، والإسقاط المعلق لا يجوز الرجوع عنه قبل تحقق المعلق عليه، فليس لمن أسقط حقه أن يرجع عنه حتى ولو كان معلقاً، لأنَّ حقه قد انتهى، ومن هنا كيفت هذه المسألة بأنَّها طلاق معلق من جانب الزوج، وتمليك من جانب الزوجة ولهذا لا يقع إلَّا برضاها وقبولها في المجلس ليتم لها هذا الحق، لأنَّ الحقوق لا تدخل في الذمم إلَّا بقبول أصحابها[5]، ونحن في هذا المبحث لا نريد الخوض في تفاصيل هذا الموضوع المهم إلَّا بالقدر الذي أنيط به بحثنا وهو مدى قدرة الرضا (المنفرد) والتراضي على إنشاء الآثار في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، فيتوزع هذا المبحث على مطلبين:

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٤).

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤/١٠١).

(٣) فتح القدير (٣/٩٩)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٢/٤٠٦)؛ والروضة (٧/٤٦)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٩).

(٤) ذهب الحنابلة إلى جواز الرجوع عنه قال ابن قدامة في المغني (٧/١٤١): «وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وإن تطاول ما لم يفسخ، أو يطأها». ووجهة نظرهم أنَّ ذلك توكيل فيكون له حق الرجوع، وكذلك الأمر لو قال لها: اختاري حيث يبقى له حق الرجوع. ويراجع المغني (٧/١٤٧ ـ ١٤٨).

(٥) المصادر السابقة ويراجع: د. محمد سلام مدكور، المدخل ص (٥٧٢).

المطلب الأول
قدرة الرضا (المنفرد) على الإنشاء

وفيه فرعان:

الفرع الأول
قدرة الرضا (المنفرد) على الإنشاء في الفقه الإسلامي

يقصد بقدرة الرضا المنفرد على الإنشاء أن يكون له سلطان على إنشاء سبب الأثر الشرعي دون الحاجة إلى رضا شخص آخر ـ وهذا ما اشتهر بالإرادة المنفردة ـ مثل الطلاق، والرجعة، والنذر، ونحوها فهذه العقود يملك إنشاءها شخص واحد بإرادة واحدة دون الحاجة إلى قبول الآخر. ولا يدخل في الرضا المنفرد ـ حسب تقديرنا ـ العقود التي لا يشترط فيها القبول صريحاً كالوكالة التي لا تحتاج إلى القبول عند جماعة[1]، وذلك لأنها تنعقد بإرادتين وليست بإرادة واحدة غير أنَّه يكتفي فيها السكوت بالنسبة للقبول بدليل أنها ترتد بالرد، وكذلك الأمر في الوقف على معين[2]، ولذلك وضع الفقهاء في هذا الخصوص قاعدة وهي أن «ما يتوقف على الإيجاب والقبول فإنَّه يرتد بالرد قطعاً، وقد يرتد الشيء بالرد ولا يشترط فيه القبول. . . وفيه صور منها: الوكالة ترتد بالرد قطعاً، والأصح أنَّه لا يشترط فيها القبول باللفظ، ومنها الوقف على معين، والصحيح المختار أنَّه لا يشترط فيه القول»[3].

وقد حصل نوع من الاضطراب لدى البعض[4] في اعتبار بعض التصرفات في

---

(١) مختصر قواعد العلائي ص (٤١٩)؛ والروضة (٣٠٠/٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٠٣ ـ ٣٠٤).

(٢) الروضة (٣٢٤/٥).

(٣) مختصر قواعد العلائي ص (٤١٩). وهذا ما اختاره النووي ـ بناء على أنَّه بالقرب أشبه ـ في الروضة (٣٢٤/٥) غير أنَّ جماعة من الشافعية رجحوا القول بحاجة الوقف على معين إلى القبول اللفظي.

يراجع: الغاية القصوى (٦٤٣/٢)؛ ونهاية المحتاج (٢٦٩/٤)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٠٤).

(٤) يراجع: د. السنهوري، مصادر الحق (٤٢/١)، حيث أدخل في نطاق الإرادة، المنفردة الهبة، والعارية مع أنهما في نظرنا لا تدخلان فيه، لأنهما وإن لم تكونا بحاجة إلى القبول لانعقادهما، لكن آثارهما لا تثبت إلَّا بقبول الآخر وأن القبول فيهما يكتفي فيه بالسكوت نظراً لطبيعتهما قال =

الإرادة المنفردة، فالذي نراه بهذا الخصوص هو أنَّ هذا المصطلح ـ الرضا المنفرد (أو الإرادة المنفردة) لم يظهر في الفقه الإسلامي ـ كمصطلح فني له مدلوله الخاص ـ وذلك لشمول العقد ـ بمعناه العام ـ لجميع ما يمكن أن يكون داخلاً في مفهوم الإرادة المنفردة فالعقد ـ كما سبق[1] ـ شامل ـ كما يقول الزركشي والسيوطي وغيرهما[2] ـ لما ينفرد به العاقد كعقد التدبير، والنذور، واليمين، والوقوف، ولما يشترط في وجوده عاقدان كالبيع والإجارة ونحوهما، ولما يشترط فيه الإيجاب والقبول كالبيع ونحوه، ولما يشترط فيه الإيجاب، ولكن يكتفي فيه القبول بأي شيء كان، ولا يشترط فيه الفورية كالوكالة، والقراض، والوديعة، والعارية، والجعالة، ونحوها، كما أنَّه شامل لما لا يفتقر إلى القبول أصلاً لكنه يرتد بالرد كالوقف على المعين، ولما لا يفتقر إلى القبول أصلاً ولا يرتد بالرد كالضمان، والوقف على غير المعين، والصلح عن دم العمد على الدية، وغير ذلك فكل هؤلاء تسمى بالعقود في الفقه الإسلامي وكلها يجب الوفاء بها بنص القرآن الكريم ديانة وقضاء[3].

وبالإضافة إلى ما سبق فقد أدخل البعض[4] تولي الشخص الواحد طرفي العقد في مبحث الإرادة المنفردة وهو كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر، وكالوكيل من الطرفين في البيع أو النكاح على خلاف فيه[5]. وهذه المسائل ـ في نظري ـ لا تدخل

= المرغيناني في الهداية مع تكملة فتح القدير (١١٣/٧): «وتصح الهبة بالإيجاب والقبول والقبض، أمَّا الإيجاب والقبول فلأنَّه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، والقبض لا بدَّ منه لثبوت الملك» وعلق عليه صاحب العناية (١١٣/٧) بقوله: «وتصح ـ أي الهبة ـ في حق الواهب بمجرد الإيجاب، وفي حق الموهوب له بالقبول، والقبض». إذن ما دامت هذه العقود بحاجة إلى القبول في إنشاء أثرها لا تكون داخلة في نطاق الارادة المنفردة.

(١) يراجع الباب التمهيدي الفصل الثاني.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي (٣٩٧/٢ . . .)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص (٣٠٣ ـ ٣٠٤)؛ وغيرهما من المصادر السابقة في الباب التمهيدي.

(٣) المصادر السابقة جميعها.

(٤) بحر العلوم: رسالته السابقة ص (٣٨).

(٥) هذه المسألة سماها الزركشي في المنثور في القواعد (٨٨/١)، والسيوطي في الأشباه ص (٣٠٥) باتحاد الموجب والقابل، وسماه العلائي، وابن الدهشة في مختصر قواعد العلائي ص (٤١١)، بما يستقل به الواحد بالتملك، والتمليك، وقد ذكر الفقهاء لها عدَّة صور ثار الخلاف في كثير منها، ولنذكر بعض نصوص الفقهاء لنرى كيفية تصويرهم لها، فالحنفية وسعوا فيها ولا سيما في النكاح حيث أجازوا تولي طرفي النكاح للولي مطلقاً، والوكيل من الطرفين، أو من أنفسهم أصالة، =

. . . .

= وعن غيرهم وكالة، وأما في البيع والشراء فقد أجازوا للولي ـ بمصلحة بل حتى وبغبن يسير ـ أن يتولى طرفي العقد بأن يبيع ماله من نفسه وبالعكس، وأمَّا الشافعية فلم يجوز في النكاح إلَّا للجد لوجود الضرورة ولحاكم من نفسه عند بعضهم، وفي البيع والشراء أجازوه للولي مطلقاً، فلنذكر نصوص الفقهاء ليتضح لنا هذا الأمر بشكل أوضح. يقول الكاساني في البدائع (١٣٣١/٣): «وأما بيان أنَّ النكاح هل ينعقد بعاقد واحد، أو لا ينعقد إلَّا بعاقدين فقد اختلف في هذا الفصل، قال أصحابنا ينعقد بعاقد واحد إذا كانت له ولاية من الجانبين سواء كانت ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة، أو دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بأن كان العاقد مالكاً من الجانبين كالمولى إذا زوج أمته من عبده، أو كان ولياً من الجانبين كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير، أو كان أصيلاً وولياً كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه، أو كان وكيلاً من الجانبين، أو رسولاً من الجانبين، أو كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر، أو وكلت امرأة رجلاً ليتزوجها من نفسه، أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه، وهذا مذهب أصحابنا الثلاثة، وقال زفر لا ينعقد النكاح بعاقد واحد أصلاً، لأنَّ ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الإيجاب والقبول، فلا يقومان إلَّا بعاقدين كشطري البيع. . . ولنا قوله تعالى: ﴿ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهنَّ ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن﴾ سورة النساء/١٢٧ قيل نزلت هذه الآية في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال. ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أنَّ قوله تعالى: ﴿لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن﴾ خرج مخرج العتاب فيدل على أنَّ الولي يقوم بنكاح موليته وحده، إذ لو لم يقم وحده لم يكن للعتاب معنى لما فيه من إلحاق العتاب بأمر لا يتحقق». وقد ذكر المفسرون كالجصاص الحنفي في أحكام القرآن (٥٠/٢) والقرطبي المالكي في تفسيره (٤٠٢/٥) أنها نزلت بسبب سؤال قوم من الصحابة عن أمر اليتيمات فأرشدتهم إلى جواز نكاحهنَّ لكن بشرط العدل في مهورهن، وعدم الطمع في أموالهن. بل قد روى البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب التفسير (٢٣٨/٨)، بسنده عن عائشة قالت في قوله تعالى: ﴿وإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لا تُقْسِطُوا في اليَتَامَى﴾ سورة النساء/ ٣: «هذه اليتيمة تكون في حجر وليها تشركه في ماله ويعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فنهوا عن أن ينكحوهنَّ إلَّا أن يقسطوا لهنَّ. . . وإنَّ الناس استفتحوا رسول الله بعد هذه الآية فأنزل الله: ﴿ويَسْتَفْتُونَك في النِسَاءِ﴾ قالت عائشة: وقول الله تعالى في آية أخرى: ﴿وَتَرْغَبُونَ أن تَنْكِحُوهُنَّ﴾ رغبة أحدكم عن يتيمته حين تكون قليلة المال والجمال. . .»، وقد أراد بعض أن يجيب عن الاستدلال بهذه الآية بأنَّ المراد باليتامى: البالغات فيكون النكاح بإذنهن. والجواب عن ذلك بأنَّ لفظ اليتيمة حقيقة في غير البالغة، واللفظ لا يصرف عن حقيقته إلَّا بقرينة، ولا قرينة هنا، ولذلك قال ابن العربي في الأحكام (٣١١/١): «أقواه أنَّه لو كان كما قالوا لم يكن لذكر اليتم معنى، لأنَّ البالغة لا يزوجها أحد إلَّا بإذنها. =

. . . .

= هذا بالنسبة للولي، وأمَّا الدليل على جواز قيام الوكيل بذلك فهو ما ذكره الكاساني وغيره، قال الكاساني: «. . . ولأنَّ الوكيل في باب النكاح ليس بعاقد، بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه، بدليل أنَّ حقوق النكاح والعقد لا ترجع إلى الوكيل، وإذا كان معبراً عنه، وله ولاية على الزوجين فكانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه ككلام الشخصين، فيعتبر إيجابه كلاماً للمرأة كأنها قالت: زوجت نفسي من فلان، وقبوله كلاماً للزوج: كأنه قال: قبلت فيقوم العقد باثنين حكماً، والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة» غير أنَّ نظرة الحنفية إلى العقود المالية تختلف حيث لم يجوزوا أن يقوم الوكيل بطرفي العقد لتضاد حكمي التملك، والتمليك فيها قال الكاساني، في البدائع (٣/١٣٣٢): «وأما البيع فالواحد فيه إذا كان ولياً يقوم بطرفي العقد كالأب يشتري مال الصغير لنفسه، أو يبيع مال نفسه من الصغير، أو يبيع مال ابنه الصغير من ابنه الصغير، أو يشتري إلاَّ أنَّه إذا كان وكيلاً لا يقوم بهما، لأنَّ حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين، ولأن حقوق البيع إذا كانت مقتصرة على العاقد، وللبيع أحكام متضادة من التسليم والقبض والمطالبة، فلو تولى طرفي العقد لصار الشخص الواحد مطالباً ومطلوباً، ومسلماً ومتسلماً، وهذا يمتنع والله أعلم». ويراجع فتح القدير في هذا المعنى (٢/٤٢٧ ـ ٤٢٨) فقد ذكر المرغيناني أنَّ «قوله ـ أي الوكيل في النكاح ـ زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول» وعلق عليه ابن الهمام: «ثمَّ إذا تولى ـ أي شخص ـ طرفيه قال المصنف: فقوله: زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين، فلا يحتاج إلى القبول بعده، وكذا وليُّ الصغيرين القاضي، وغيره، والوكيل من الجانبين يقول: زوجت فلانة من فلان ـ أي بحضرة الشهود ـ. . . قال رجل: زوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال: زوجت. فقال: زوجت فلانة من فلان يكفي، ولا يحتاج إلى أن يقول: قبلت، وكذا كل من يتولى طرفي العقد إذا أتى بأخذ شطري الإيجاب يكفيه، ولا يحتاج إلى الشطر الآخر، لأنَّ اللفظ الواحد يقع دليلاً من الجانبين.

وكذلك الأمر من الفقه المالكي حيث أجاز تولي الواحد طرفي العقد في بعض المسائل منها ما ذكره ابن جزي في القوانين الفقهية ص (١٧٤) قائلاً: «يجوز لابن العم والمولي، ووكيل الولي، والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى طرفي العقد» ومثله في مختصر خليل مع بلغة السالك (٢/٣٨).

وأما في البيع فيجوز للوكيل أن يشتري أشياء موكله في حالتين إحداهما أن يأذن له الموكل، وثانيتهما أن يكون شراؤها بعد تناهي الرغبات. يراجع الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٨٧)؛ وبلغة السالك (٢/٧٢٥).

وأمَّا الشافعية فقد فصلوا فيها قال الزركشي في القواعد (١/٨٨): «اتحاد الموجب والقابل يمتنع إلاَّ في مسألتين: إحداهما: الأب، والجد في بيع مال الطفل لنفسه، والثانية إذا وكله في البيع وأذن له في البيع من نفسه، وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة، ففي المطلب: أنَّه ينبغي أن يجوز، إذ =

. . . .

= اتحاد الموجب والقابل إنما يمتنع لأجل التهمة بدليل الجواز في حق الأب والجد». وزاد عليه السيوطي في الأشباه ص (٣٠٥): «تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر على الأصح، والإمام الأعظم إذا تزوج من لا ولي لها على وجه يجري في القاضي، وابن العم، والمعتق». قال النووي في المجموع (٩/ ١٧٠): «وإذا باع مال نفسه لولده، أو مال ولده لنفسه فهل يفتقر إلى صيغتي الإيجاب والقبول أم يكفي أحدهما؟ فيه وجهان مشهوران الأصح يفتقر فيقول: بعت مال ولدي بكذا، واشتريته له بكذا، أو قبلته له لتنتظم صورة البيع، والثاني: يكفي أحدهما لأنَّه لما قام الوالد في صحة العقد مقام اثنين قام مقام لفظين».

وهكذا الأمر عند الحنابلة حيث إنَّ ابن العم له الحق أن يتولى طرفي العقد في نكاح ابنة عمه إذا أذنت له في رواية قال: ابن قدامة في المغني (٦/ ٤٧٠): «إن ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم، أو المولي، أو الحاكم، أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك، وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان: إحداهما له ذلك، وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر. . . وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول، أم يكتفي بمجرد الإيجاب؟ فيه وجهان: أحدهما يحتاج أن يقول: زوجت نفسي فلانة، وقبلت هذا النكاح، لأنَّ ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود، والثاني: يكفيه أن يقول: زوجت نفسي فلانة، أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف، ولأنَّ إيجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء. . . والرواية الثانية: لا يجوز أن يتولى طرفي العقد، ولكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها. . .».

والوكيل حينما يتولى طرفي العقد إما أن يكون أصيلاً من جانب، ووكيلاً عن الجانب الآخر، أو وكيلاً عن الجانبين، فالصورة الأولى بأن يوكله ببيع شيء فيشتريه لنفسه فقد اختلف الفقهاء في جوازها، فذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة على المشهور، وبعض الإمامية، والزيدية إلى عدم جواز تولي الوكيل طرفي العقد المالي في حين ذهب المالكية، والحنابلة في رواية، وبعض الإمامية إلى جواز ذلك.

وأما الصورة الثانية ـ أي كون الوكيل نائباً في العقد المالي عن الجانبين بأن يوكله شخص في شراء منزل، ويوكله آخر ببيع منزل فهل يجوز له أن يعقد هذا العقد؟ فالجمهور على جواز ذلك، ومنعه الشافعية.

والخلاصة أنَّه يمكننا القول بأنَّ كون الشخص الواحد يتولى طرفي العقد ـ في الجملة ـ محل اتفاق الفقهاء ما عدا زفر، وقد ذكرنا أدلته، كما ذكرنا بعض أدلة الجمهور، والذي نرى رجحانه هو جواز تولي الولي طرفي عقد النكاح إذا أذنت له المرأة سواء كان لنفسه أو لغيره، وذلك للآية التي ذكرناها، ولما رواه البخاري تعليقاً في صحيحه مع الفتح، كتاب النكاح (٩/ ١٨٨) أنَّ عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم. فقال: قد تزوجتك =

في الرضا المنفرد، أو الإرادة المنفردة، وذلك لأنَّ المراد بالإرادة المنفردة هي أن تكون وحـدها قادرة على إنشاء الأثر، في حين أنَّ الإرادة في مسألة تولي الواحد طرفي العقد لم تكن واحدة، فهناك فرق كبير بين قولنا: إرادة واحدة، أو منفردة، أو رضا منفرد، وبين قولنا: الشخص الواحد، فلا يلزم من كون العاقد واحداً أن يكون رضاه واحداً، بل يمكن أن يمثل عدَّة رضاءات باعتبارات مختلفة، فالجد مثلاً، أو الوكيل حينما يقوم

= قال الحافظ ابن حجر في الفتح (١٨٩/٩): «وصله ابن سعد عن طريق ابن أبي ذئب عن سعيد بن خالد: أنَّ أم حكيم بنت قارظ قالت لعبد الرحمن بن عوف: إنَّه قد خطبني غير واحد فزوجني أيهم أنت. قال: وتجعلين ذلك إليَّ؟ فقالت: نعم. قال: قد تزوجتك»، روى البخاري تعليقاً عن عطاء ـ بخصوص امرأة خطبها ابن عم لها لا رجل لها غيره ـ قال: «ليشهد: أني قد نكحتك، أو ليأمر رجلاً من عشيرتها»، قال ابن حجر في الفتح (١٨٩/٩): وصله عبد الرزاق.
فعلى هذا فقيام الولي في عقد النكاح بطرفي العقد لو لم يكن جائزاً لما فعله الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف، ولما أفتى به عطاء. فإذا كان جائزاً في النكاح وهو أخطر العقود فيقاس عليه سائر العقود المالية، فكل هذه الصور السابقة جائزة في نظرنا، ولا يوجد دليل على منعها، وإذا كان الخصم يتشبث بقضية التهمة فإنَّها تتلاشى بأنَّ الجواز مقيد بإذن الطرفين. فالوكيل إنما يجوز له أن يعقد العقد على أشياء موكله لنفسه إذا أذن له فيها وحدد له السعر، وإنما يجوز له أن يكون وكيلاً عن الطرفين إذا أخبرهما بتفاصيل صفقته وأنها كذا وكذا، وأما قضية أنَّ الحقوق تتعلق بالوكيل في العقود المالية كما يقول به الحنفية فغير مسلم عند الجمهور، لأنها في الواقع ونفس الأمر ترجع إلى الموكل، ثمَّ إنَّ هذه المشكلة تنحل إذا عرف الطرفان الموكلان أنَّ الوكيل وكيل عن الطرفين وأذنا له بإجراء عملية التعاقد، كما أنَّ الشريعة الإسلامية تنظر إلى المؤمن باعتباره نزيهاً وبريئاً إلى أن يثبت عدم نزاهته، فالتهمة لا تفترض، والأصل في المؤمن النزاهة، بل الإيثار، ثمَّ إذا ثبت أنَّه قد خان أو غش أو أجرى التعاقد بغبن لا يغتفر فللطرف المتضرر أن يرفع الأمر إلى القضاء ويفسخ العقد، فتصرفاته حينئذٍ مقيدة بعدم الإضرار والحيف.
ويراجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع (١٣٣١/٣ ـ ١٣٣٢)؛ وفتح القدير (٤٢٧/٢ ـ ٤٢٨)؛ وتبيين الحقائق للزيلعي (٢٧٠/٤)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٨٧/٣)؛ وبلغة السالك (٣٨/٢)؛ والمجموع (١٧٠/٩)؛ والوسيط، مخطوطة طلعت (جـ٣ ورقة ١٩)؛ والغاية القصوى (٧٢٦/٢)؛ والروضة (٣٤٠/٣)؛ وفتح العزيز (١٠٤/٨)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (١٥٢/٢)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (٨٨/١)؛ والأشباه للسيوطي ص (٣٠٥)؛ ومختصر قواعد العلائي ص (٤١١)؛ والإنصاف (٣٧٥/٥، ٩٦/٨)؛ والبحر الزخار (٦٠/٥)؛ ومفتاح الكرامة (٥٥٠/٧)؛ وشرائع الإسلام (٢٧٧/٢).
ويراجع: أحكام القرآن للجصاص (٥٠/٢)؛ وتفسير القرطبي (٤٠٢/١٥)؛ ومحمد رضا عبد الجبار الوكالة في الشريعة والقانون، ط. مطبعة العاني، بغداد ص (٣١٣ ـ ٣٢٠).

بالعقد نيابة عن الشخصين ـ سواء بإجراء لفظي الإيجاب والقبول على لسانه، كما يشترطه البعض[1]، أم بصيغة واحدة تدل على إنشاء العقد ـ لا تكون إرادته واحدة ومنفردة، بل هي متعددة من حيث الواقع والاعتبار، فرضاه باعتباره يمثل الإيجاب غير رضاه باعتباره يمثل القبول للآخر، بدليل أنَّ آثار الموجب تتعلق بشخص مستقل غير الشخص الذي تتعلق به آثار القبول، فالرضا متعدد، والإرادة متعددة، وإن كان الشخص واحداً، وهذا الفرض الفني والاعتبار ليس غريباً على الفقه الإسلامي، بل هو أحد الأمور الفنية التي تدخل في صياغته وأسلوبه فذمة الشخص وإن كانت واحدة من حيث الحقيقة لكنها تتعدد باعتبارات مختلفة ـ كما سبق[2] ـ فذمة الشخص الواحد وإن كانت واحدة لكنها قد تكون دائنة باعتبار، ومدينة باعتبار آخر، فيحصل لها تعدد بهذا الاعتبار، وهذا ما أشار إليه فقهاؤنا الكرام. قال الكاساني: «فصار كلامه ـ أي الوكيل في تولي طرفي العقد ـ ككلام الشخصين فيعتبر إيجابه كلاماً للمرأة كأنها قالت: زوجت نفسي من فلان، وقبوله كلاماً للزوج كأنَّه قال: قبلت، فيقوم العقد باثنين حكماً، والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة»[3]. وقال النووي: «. . . لأنَّه لما قام الوالد في صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين»[4]، ومن هنا تخرج عن نطاق الإرادة المنفردة أو الرضا المنفرد هذه المسائل السابقة، كما أنَّه لا يدخل في نطاقها الإيجاب الملزم عند من يقول به[5]، وذلك لأنَّ الإيجاب الملزم أيضاً لا ينشىء أثراً شرعياً إلَّا برضا الآخر، فالموجب قد أحدث بإيجابه إلزاماً لكنه لا يتم إلَّا برضا الآخر، ولهذا يتلاشى بانتهاء المجلس، أو رفضه، أو بانتهاء المدة المحددة. وما ذكرته هنا لا يعني التضييق في نطاق الإرادة المنفردة، بل يعني التحديد، ورسم الحدود الصحيحة لها، حتى لا يبقى تنازع وتداخل في نطاق كل من الإرادة المنفردة، والعقد بمعناه الخاص في الفقه الإسلامي، فعلى ضوء ما سبق يمكن أن نؤكد أن تعريف الرضا المنفرد (أو الإرادة المنفردة) هو القصد الذي يستطيع بوحده إحداث الأثر الشرعي (أو الأثر القانوني) دون الحاجة إلى أن ينضم إليه قصد آخر حقيقة أو حكماً واعتباراً، فمن أمثلة الرضا المنفرد في الفقه الإسلامي: الطلاق، والرجعة، والإبراء من الحقوق

---

(١) وهم بعض الشافعية. انظر المجموع (٩/١٧٠).

(٢) يراجع ص (٢٦٣) من هذه الرسالة.

(٣) بدائع الصنائع (٣/١٣٣٢).

(٤) المجموع (٩/١٧٠).

(٥) وهم المالكية ـ كما سبق ـ ويراجع: الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٤).

المجردة، واليمين، والوقف على غير معين، والوصية على جهات الخير فهذه التصرفات التي يسميها الفقه الإسلامي بالعقود ـ على معناها العام ـ لا تحتاج إلى إرادة أخرى، وتكون داخلة في نطاق الإرادة المنفردة بلا جدال، وهناك عقود أخرى لا تحتاج إلى القبول عند بعض الفقهاء مثل الوصية على معين عند زفر(1)، والهبة، والقرض، عند جماعة(2)، والوكالة عند البعض(3)، فهل هذه التصرفات داخلة في نطاق الإرادة المنفردة؟.

الذي يظهر لي أنها لا تدخل في نطاقها لأنها وإن كانت قد أنشأت آثاراً لكنها لا تتم إلاَّ برضا الآخر، غير أنَّ القبول فيها نظراً لطبيعة هذه العقود قد اكتفى فيها بالسكوت، ولهذا ترتد بالرد، وللطرف الآخر أن يرفضها وإذا رفضها لم يبق لها أي أثر. وقد يثور الشك حول إدخال الجعالة في الإرادة المنفردة، فالذي نرى رجحانه أنها

---

(1) الوصية تحتاج إلى القبول من الموصى له عند الجمهور خلافاً لزفر حيث ذهب إلى أنَّ الوصية عنده هو الإيجاب فقط.
يراجع: بدائع الصنائع (١٠/٤٨٤١)؛ وتكملة فتح القدير (٨/٤٣٠)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/٤٢٤)؛ والروضة (٦/٩٩)؛ والغاية القصوى (١/٦٩٧)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٢٥). وأما الوصية على غير المعين كالجهة العامة فهي كالوقف عليها لا تحتاج إلى القبول. انظر: المصادر السابقة.

(2) الهبة والقرض لا يحتاجان إلى القبول، لكنهما لا يلزمان إلاَّ بالقبض، إذن يكون هو القبول. انظر: تكملة فتح القدير (٧/١١٣)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/٩٧)؛ والروضة (٥/٣٦٥)؛ والمغني (٥/٦٥٥).

(3) وهم الشافعية على أظهر الوجوه قال البيضاوي في الغاية القصوى (١/٥٤١): «وأظهر الوجوه أنَّه ـ أي عقد الوكالة ـ لا حاجة إلى القبول، فإنَّ حقيقة التوكيل الإذن في التصرف، والأمر به فلا يستدعي قبولاً كإباحة الطعام». وراجع: الروضة (٤/٣٠٠).
لكن ذلك لا يعني الاكتفاء في إنشائها الأثر بإرادة منفردة، لأنَّ ذلك لا يتم إلاَّ بمباشرته بالعمل ورضاه به قال النووي في الروضة (٤/٣٠٠): «وأما القبول فيطلق بمعنيين: أحدهما: الرضا والرغبة فيما فوض إليه، ونقيضه الرد. والثاني: اللفظ الدال عليه... ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول حتى لو رد فقال: لا أقبل... بطلت الوكالة». وأما الجمهور فقد صرحوا باشتراط القبول فيها. انظر: فتح القدير (٦/١٠٠)؛ والفتاوي الهندية (٣/٥٦٠)؛ وبلغة السالك (٢/٧٢٠)؛ والمغني لابن قدامة (٥/٩٢)؛ والإنصاف (٥/٣٥٤)؛ ومفتاح الكرامة (٧/٥٢٥)؛ والبحر الزخار (٥/٥٥).

تنعقد بالإرادة المنفردة لكنها لا تترتب عليها الآثار إلاَّ إذا أتمَّ العامل عمله[1].

والخلاصة: إن فسرنا الإرادة المنفردة بأنها الإرادة الواحدة التي تترتب عليها آثار شرعية فإنَّ هذه التصرفات السابقة تدخل فيها، بل يدخل فيها الإيجاب وحده لأنَّه يحدث أثراً، وذلك لأنَّ الفقه الإسلامي يعطي القوة الإلزامية لكل ما يرتبط به الإنسان، وإن فسرناها بما فسرنا به سابقاً ـ وهو كون الإرادة منشئة للأثر وحدها بحيث تتم دون الحاجة إلى رضا آخر فلا يدخل فيها إلاَّ ما ذكرناه من طلاق ونحوه، والذي نرى رجحانه هو تعريف الإرادة بما ذكرنا وقصره على ما يحدث أثراً كاملاً دون الحاجة إلى الغير.

ثمَّ إنَّ الفقه الإسلامي ليست كل مدارسه على نمط واحد في التوسع والتضييق في هذا النطاق، فالفقه المالكي يعتبر أوسع المذاهب بهذا الخصوص حيث يمكننا القول بأنَّه قد جعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام وذلك من خلال اعتباره عدَّة أمور أهمها: إعطاء القوة الملزمة للإيجاب بوحده دون الحاجة إلى القبول، بحيث لا يستطيع الموجب سحبه إلى أن ينتهي من المجلس، أو يرفضه الطرف الآخر[2].

---

(١) الجعالة هي ـ كما قال البيضاوي في الغاية القصوى (٦٣١/٢): «التزام مال في مقابلة عمل لا على وجه الإجارة» وهي مشروعة بالكتاب كقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ (سورة يوسف/ ٧٢). وبالسنة كقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٢٤٧/٦)؛ ومسلم في صحيحه (١٣٧٠/٣).

والجعالة تنعقد بقول الجاعل دون الحاجة إلى القبول لكن هذا لا يكفي في نظري في إدخالها ضمن الإرادة المنفردة، لأنها لا تتم إلاَّ بعمل الآخر. وذلك لأنَّ جمهور الفقهاء يقولون: إنَّ هذا الوعد غير ملزم فللجاعل حق الفسخ قبل تمام العمل، حتى إنَّ بعضهم قالوا: إن للجاعل الحق في عدم إعطاء ما وعد به حتى بعد الشروع لكنه يلزمه أجرة المثل على عمل الآخر لكن المالكية قالوا: يستحق الجعل بتمام العمل. فعلى هذا فالجعالة عقد بمعناه الخاص يتم بالإيجاب والقبول، لكن القبول فيها يتم بإتمام الجعل نظراً إلى طبيعتها. ولهذا قال النووي في الروضة (٢٦٩/٥): «الركن الثاني ـ من أركان الجعالة ـ المتعاملان».

يراجع تفصيل ذلك في: البدائع (٢٠٦/٦)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٦١/٤)؛ وبلغة السالك (١٧٧/٣)؛ والغاية القصوى (٦٣١/٢)؛ والروضة للنووي (٢٦٩/٥)؛ وشرح المحلي مع القليوبي وعميرة (١٣٣/٣)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٦٠)؛ وشرائع الإسلام للحلي (١٦٣/٣)؛ ويراجع د. محمد سلام مذكور، المدخل ص (٥٧١).

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤/٣).

والثاني إعطاؤه القوّة الملزمة للوعد، فالوعد ـ كما يقول ابن عرفة ـ إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل[1]. قال الشيخ عليش: «ولا خلاف بين الفقهاء في استحباب الوفاء بالوعد... فالوفاء بالعدة مطلوب بلا خلاف»[2]، كما أنّه لا خلاف بينهم في أن خلف الوعد منهي عنه، فقد ورد في التشديد فيه أحاديث صحيحة كثيرة، بل جعله النبي ﷺ من علامات النفاق حيث يقول: «آية المنافق ثلاث: إذا حدَّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»[3].

هذا وقد اختلف الفقهاء في إلزام الواعد بما وعد به قضاء فالجمهور على أنّه لا يلزمه[4]، وقال ابن شبرمة: الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر[5]، وذهب المالكية إلى التفصيل فيه. قال القرافي: «واعلم أنَّ الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعاً أم لا. قال مالك إذا سألك أن تهب له ديناراً فقلت: نعم، ثمَّ بدا

---

(١) فتح العلي المالك (١/٢٥٤).

ومن هنا يختلف الوعد عن الكذب. قال القرافي في الفروق (٤/٢٢): «فمن الفقهاء من قال: الكذب يختص الماضي والحاضر، والوعد إنما يتعلق بالمستقبل فلا يدخله الكذب، ... ومنهم من يقول: لم يتعين عدم المطابقة في المستقبل بسبب أنَّ المستقبل زمان يقبل الوجود والعدم ولم يقع فيه بعدُ وجود ولا عدم فلا يوصف الخبر عند الإطلاق بعدم المطابقة، ولا بالمطابقة، لأنه لم يقع بعدُ ما يقتضي أحدهما»، ورجح ابن الشاط في حاشيته على الفروق (٤/٢٤) أنَّ الوعد يوصف بالكذب. وجاء في تهذيب الفروق بهامش الفروق (٤/٤٥): «وكل من المستقبل والماضي والحال يدخله وصف المطابقة، وعدمها وليس الوقوع بالفعل شرطاً فيدخل الكذب في الكل، ويلزم دخول الكذب في الوعد بالضرورة». فعلى هذا فالذي يظهر رجحانه هو أنَّ الوعد خبر يحتمل الصدق والكذب، فإن تحقق فهو صادق وإلاَّ فهو كاذب، وذلك لأنَّ الله تعالى وصف الوعد بالصدق والحق فقال تعالى: ﴿وَنَتَجَاوَزُ عنْ سَيِّئَاتِهِمْ في أَصْحَابِ الجَنَّةِ وعدَ الصِّدقِ﴾ (سورة الأحقاف /١٦)، وقال تعالى: ﴿إنَّه كَانَ صَادِقَ الوَعْدِ﴾ (سورة مريم: ٥٤). وغير ذلك من الآيات.

(٢) المصدر السابق (١/٢٥٤). وراجع في هذا المعنى شرح العيني على صحيح البخاري (١/٢٥٨).

(٣) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الإيمان (١/٨٩)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان (١/٧٨).

(٤) أسند الكلام إلى جمهور العلماء العلامة العيني في شرحه على صحيح البخاري (١/٢٥٨). ويراجع: المحلى لابن حزم (٨/٣٧٧).

(٥) المحلى لابن حزم (٨/٣٧٧).

لك لا يلزمك، ولو كان افتراق الغرماء عن وعد وإشهاد لأجله لزمك لإبطالك مغرماً بالتأخير، قال سحنون: الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنَّك أدخلته بوعدك في ذلك، أمَّا مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق، وقال أصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعود أم لا، وكذا أسلفني لأشتري سلعة كذا لزمك، تسبب في ذلك أم لا، والذي لا يلزم من ذلك أن تعده، من غير ذكر سبب فيقول لك أسلفني كذا فتقول: نعم. بذلك قضى عمر بن عبد العزيز، وإن وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك، لأنَّه إسقاط لازم للحق»[1].

فالمالكية قد اختلفوا في هذه المسألة على أربعة أقوال فذهب بعضهم إلى أنَّ الوعد له قوَّة الالتزام مطلقاً ـ أي كرأي ابن شبرمة، ورجحه ابن الشاط المالكي[2]، وقال بعضهم: لا يقضي به مطلقاً ـ أي كرأي الجمهور ـ وقال بعضهم: يقضي به إن كان على سبب، وإن لم يدخل الموعود بسببه في شيء وهذا رأي أصبغ ـ من أصحاب مالك ـ مثل أن تقول لشخص: أريد أن أشتري كذا، أو أريد أن أقضي غرمائي فأسلفني كذا، وهكذا، ثمَّ بدا له أن يندم من وعده قبل أن يشتري، أو يقضي غرماءه يلزمه الإيفاء بما وعد، ويقضي عليه به، وكذا إن لم تسأله، أما إذا لم يذكر السبب بأن قال: أنا أسلفك لم يلزمه. وذهب الرأي الرابع داخل المذهب المالكي إلى أنَّه يقضي بوجوب الوفاء بالوعد إذا كان على سبب ودخل الموعود في سبب وهذا هو رأي سحنون وابن القاسم، وهو المشهور في المذهب والراجح لدى الكثيرين، وأنَّه هو مذهب المدونة

وقد استدل ابن شبرمة ومن معه من المالكية على وجوب الوفاء بالوعد ديانة وقضاء بالكتاب، والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ، كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُون﴾[4]، ولا شك أنَّ الوعد إذا أخلف قول لم يفعل فيلزم أن يكون كذباً محرماً، وإذا كان محرماً فيكون تنفيذ الوعد واجباً، كما أكدت هذا المعنى السنة المشرفة، وجعلت إخلاف الوعد من علامات النفاق، منها الحديث الذي ذكرناه آنفاً، وحديث آخر رواه الشيخان وغيرهما بسندهم عن ابن عمر أنَّ رسول الله ﷺ قال: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة

---

(١) الفروق (٤/٢٤ ـ ٢٥). ويراجع: فتح العلي المالك (١/٢٥٤).

(٢) إدرار الشروق على أنواع الفروق، المطبوع مع الفروق للقرافي (٤/٢٤).

(٣) الفروق للقرافي (٤/٢٤ ـ ٢٥)؛ وفتح العلي المالك (١/٢٥٤ ـ ٢٥٦).

(٤) سورة الصف: الآيتان ٢ ـ ٣.

منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر»[١]. وجه الدلالة أنَّ مخالفة الوعد لو لم تكن محرمة لم تكون من علامات النفاق فإذا كانت محرمة فيكون تنفيذ الوعد واجباً يقضي به.

واستدل المالكية في الرأي الراجح بهذه الأدلة غير أنَّهم قالوا إنَّ هذا الواجب واجب أخلاقي لا يقضي به القضاء إلاَّ إذا أدَّى إلى إضرار الموعود بأن يدخله الواعد بوعده في كلفة فحينئذ يلزمه، ويقضي عليه به، لأنَّه لا ضرر ولا إضرار في الإسلام، ثمَّ إن ذكر السبب معه يؤكد العزم على الوفاء.

واستدل الجمهور على عدم وجوب الوفاء بالوعد قضاء بأنَّ الأدلة السابقة لا تدل على وجوب الوفاء به، لأنَّ الآية نزلت في قوم كانوا يقولون: جاهدنا، مع أنَّهم لم يجاهدوا، وفعلنا أنواعاً من الخيرات، مع أنَّهم لم يفعلوا شيئاً، ولا شك أنَّ هذا محرم، لأنَّه كذب، ولأنَّه تسميع بطاعة الله تعالى وكلاهما محرم ومعصية اتفاقاً[٢]، كما أنَّ الآية جاءت على سبيل الوصف، وليس فيها الدلالة على إيجاب الوفاء به قضاء[٣]. وأما الأحاديث فكذلك ليس فيها دليل على وجوب القضاء بالوعد، لأنها تدل على أنَّ خلف الوعد من سجايا النفاق، قال القرافي: «وأما ما ذكر من الإخلاف في صفة المنافق فمعناه أنَّه سجية له ومقتضى حاله الإخلاف، ومثل هذه السجية يحسن الذم بها»[٤].

ومن الغريب حقاً أنَّ ابن حزم الظاهري قد خالف ظواهر هذه النصوص وانضم إلى صفوف الجمهور واعترف بأنَّ ظاهر الحديث يدل على الوجوب ومع ذلك لم يقل به، فقال: «وأما الحديثان اللذان صدرنا بهما فصحيحان، إلاَّ أنَّه لا حجة فيهما علينا، لأنهما ليسا على ظاهرهما، لأنَّ من وعد بما لا يحل، أو عاهد على معصية فلا يحل له الوفاء بشيء من ذلك... فصح أن ليس كل من وعد فأخلف أو عاهد فغدر مذموماً، ولا ملوماً ولا عاصياً»[٥]، غير أنَّ دليله مردود عليه لأنَّ الوعد بما لا يحل مستثنى بدليل شرعي خاص فيقصر عليه، فلا يلزم من استثناء شيء عن حكم عام سقوط حكم العام

---

(١) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الإيمان (٨٩/١)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان (٧٨/١).

(٢) الفروق للقرافي (٢٥/٤)؛ وتهذيب الفروق بهامش الفروق (٤٦/٤).

(٣) المحلى لابن حزم (٢٨٠/٨).

(٤) الفروق للقرافي (٢٥/٤).

(٥) المحلى (٣٧٩/٨).

بالكلية، بدليل أن خلف الوعد بما لا يحل طاعة ـ كما قال ابن حزم نفسه[1] ـ مع أنَّ ذلك لا يرفع الإثم واللوم عن مخلف الوعد بالخير قطعاً حتى عنده[2].

ويمكن أن نناقش الأدلة والردود السابقة، بأنَّ التفصيل الذي قام به أكثر المالكية من التفرقة بين ما باشر الموعود بالسبب بسبب وعده، وبين ما لم يباشر ـ لا تشهد له الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً، وأما ردود الجمهور فهي ـ في نظري ـ لا ترقى إلى أن تنال من الأدلة السابقة، حيث إنَّ جوابهم عن الآية بأنها مخصصة بمن نزل خلاف ما هو الراجح في الأصول عند الجميع بأنَّ العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب[3]، وأمَّا الجواب بأنَّ الآية جاءت كوصف، وليست كأمر فغير مسلم وذلك لأنَّ أول الآية جاءت بنداء ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ ثمَّ وصف هذا العمل بأنَّه ﴿كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُوْنَ﴾، وأما جوابهم عن الحديثين فإن استقام بالنسبة للحديث الأول وهو «آية المنافق ثلاث» فلا يستقيم بالنسبة للحديث الثاني «أربع من كن فيه...» وذلك لأنَّ الحديث الأخير حكم بأنَّ هذه الخصال إذا اجتمعت في شخص جعلته من المنافقين، وإذا وجدت فيه خصلة واحدة كان فيه خصلة من النفاق، فالحديث ظاهر على ذم الفعل في حد ذاته وأنه هو الذي يجعل الإنسان من المنافقين، ولهذا فالذي يظهر لي أنَّ أدلة ابن شبرمة، ومن معه من المالكية سليمة، فتنهض حجة على وجوب الوفاء بالوعد، وحرمة خلفه.

ثمَّ إنَّ الأدلة الشرعية طافحة بحرمة مخالفة الوعد، فإذا ثبتت حرمتها فلا بد أن يقوم القضاء الإسلامي بحماية الوعد من الانتهاك، إذ ليس القضاء إلَّا وسيلة لتنفيذ أحكام الله تعالى من الحقوق والواجبات، كما أنَّه لا يفصل القضاء عن الديانة ما دام الأمر واقعاً تحت سيطرة القضاء ويتعلق به حق من حقوق الناس، والوعد أمر محسوس ـ وهو تلفظه به ـ إذن يمكن إثباته بسهولة، ثمَّ إن في عدم إلزام الواعد بوعده الجازم الخير يؤدي إلى الفوضى وعدم توافر الثقة فيما بين الناس، كما أنَّه قد يؤدي إلى الإضرار البين بالموعود، فكم من الأمور التجارية الخطيرة تقوم على الوعد، فإذا

---

(1) قال: «بل قد يكون ـ أي مخلف الوعد ـ مطيعاً». انظر: المحلى (٨/٣٧٩).

(2) وقد ردَّ ابن حزم في المحلى (٨/٢٧٩) ظاهر الآيات والأحاديث بشيء أغرب مما سبق، إذ يقول: «وأيضاً: فإن من وعد وحلف، واستثنى فقد سقط عنه الحنث بالنص، والإجماع المتيقن، فإذا سقط عنه الحنث لم يلزمه فعل ما حلف عليه» والجواب عليه جد واضح وهو أنَّه إذا سقط الحنث عمن استثنى فهل يلزم من ذلك سقوط الحنث عمن لم يستثن وأظن أنَّ ذلك مما لا يقول به أحد والله أعلم.

(3) يراجع: المستصفى للغزالي (٢/٦٠)؛ والأحكام للآمدي (٢/٥٦)؛ وتيسير التحرير (١/٣١٩).

أراد شخص الإضرار بآخر يمكنه أن يعده باستيراد بضائع، وأنّه يسلفه المبلغ المطلوب، فإذا تمَّ أمر الاستيراد ولم يف الواعد بوعده فكم يحصل للموعود من أضرار مادية وأدبية، فهذا مما لا يتفق مع قواعد الشريعة الغراء، فمن تدبر آيات القرآن الكريم يجد فيها عشرات الآيات[1] التي تحرض على الوفاء بالوعد، وتنهى عن مخالفة الوعد وأن صدق الوعد من سمات الأنبياء والصالحين، فقد ذكر القرآن الكريم أيضاً أنَّ الوعد يترتب عليه التزام حيث أنَّ أبا إبراهيم قد وعد ابنه إبراهيم، عليه السلام، ولهذا دعا له قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ اسْتِغْفَارُ إِبْرَاهِيمَ لأَبِيهِ إِلاَّ عَنْ موعِدَةٍ وَعَدَهَا إِيَّاهُ﴾[2]، ولذلك يقول صاحب تهذيب الفروق نقلاً عن ابن الشاط الذي رجح القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً: «فالظواهر المتضافرة قاضية بالحرج»[3]. ولذلك فالراجح هو وجوب الوفاء بالوعد الجازم - أي إذا لم يكن معلقاً على مشيئة الله أو نحو ذلك، وأنَّ مخالفة الوعد محرم، ما دام تنفيذ الوعد ميسوراً، وأنَّه لا يترتب عليه إثم، فالأدلة على هذا القدر كثيرة وواضحة لا تحتمل التعسف فيها بالتأويل، لكن الذي يمكن أن يكون مثار النقاش والخلاف هو أنَّه هل يحمي القضاء الإسلامي الوعد ويوجب التنفيذ؟.

لقد رأينا أقوال الفقهاء فيه وأدلتهم، لكن الذي يظهر لي رجحانه في هذا الخصوص هو أنَّه لا بدَّ من التسليم بأنَّ القضاء وسيلة لتطبيق أحكام الله تعالى، وأنَّه لا يوجد في هذا الدين من فصل بين القضاء والديانة ما دام القضاء يستطيع الحكم فيه والنفاذ إليه. أما الأمور الباطنة كالنيات القلبية فليس للقضاء إليها من سبيل فيكون أمر صاحبها موكولاً إلى الله تعالى، كما أنَّه لا ينبغي أن يرهق القضاء بالأمور الخاصة والاجتماعيات الأسرية التي لا تترتب عليها أضرار كالوعد بالزواج ثمَّ يظهر لصاحبه أنَّ الخير في عدم تنفيذه، فمثل هذه الأمور لا يتدخل فيها القضاء بالإلزام، لكنه مع كل ذلك فالوعود في نطاق المعاملات المالية والتجارية التي تترتب عليها أضرار مادية ينبغي أن يحميه القضاء للأدلة السابقة، فإذا وعد شخص آخر وعداً جازماً فقام الآخر بناء على وعده بإنشاء عقد، أو كسب حق، ثمَّ لم يف الأول به دون أي عذر مشروع فهنا يتدخل القضاء ويقضي بتنفيذ وعده، لأنَّ القاعدة المبنية على النص الشرعي تقضي بأنَّه لا ضرر ولا ضرار[4]، وعلى هذا قضاء عمر بن عبد العزيز، فهذا الرأي الذي أخذ به

(١) يراجع: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، مادة (وعد) ص (٧٥٣ - ٧٥٥).

(٢) سورة التوبة: الآية ١١٤.

(٣) تهذيب الفروق بهامش الفروق (٤/٤٦). ويراجع لرأي ابن الشاط في إدرار الشروق المطبوع مع الفروق (٤/٢٤).

(٤) هذا حديث سبق تخريجه.

المشهور من مذهب مالك أعدل الآراء في نظري والله أعلم.

والخلاصة أنَّ جمهور الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة المنفردة في العقود والتصرفات التي لا تحتاج إلى رضا شخص آخر، وأمَّا العقود التي تحتاج إلى رضاءين فإنَّ الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تنشىء آثاراً مستقلة، وإنما تنشىء آثاراً معلقة على رضا الآخر، إلَّا أنه يمكن القول بأنَّ المالكية قد أعطوا سلطاناً واسعاً للإرادة المنفردة نستطيع أن نصفهم بأنَّهم جعلوه مصدراً عاماً للالتزامات، فقد أعطوا الإلزامية للوعد، وللإيجاب بوحده دون أن يرتبط به القبول ما دام في المجلس حيث ليس لصاحبه الحق في الرجوع عمَّا أوجبه ـ كما سبق ـ، وهناك تصرفات أخرى غير الإبراء، والإسقاطات التي ذكرناها تتم برضا واحد عند جميع الفقهاء، أو جمهورهم نذكرها بإيجاز وبالقدر الذي يحقق غرضنا، وهي:

١ ـ الوقف هو حبس الأصل وتسبيل المنافع[1]:

ولا خلاف بين الفقهاء في أنَّ الوقف على غير معين بأن كان على جهة لا ينحصر أحادها كقبيلة تميم مثلاً، أو على شيء غير عاقل كالمسجد والمدرسة لا يحتاج إلى قبول، وإنما ينعقد برضا الواقف وحده، بل يلزم بمجرد الصيغة الدالة على إنشائه على رأي جمهور الفقهاء[2] ما عدا أبا حنيفة الذي قال: إنَّه لا يلزم إلَّا إذا قضى به حاكم، أو أضافه إلى ما بعد الموت، وما عدا محمداً الذي قال بأنَّ ملك الواقف لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه[3].

---

(١) وقد ورد في مشروعيته حديث صحيح رواه البخاري، ومسلم، وأصحاب السنن بسندهم أنَّ عمر رضي الله عنه قال: يا رسول الله: أصبت مالاً لم أصب مثله قط، وأردت أن أتقرب به إلى الله فقال ﷺ: «حبس الأصل، وسبل الثمرة» فجعله عمر رضي الله عنه صدقة لا تباع، ولا توهب ولا تورث.
انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٣٩٩/٥ ـ ٤٠٤)؛ ومسلم (١٢٥٥/٣)؛ والأم (٢٨/٣)؛ ومسند أحمد (١٢٥/٢)؛ وسنن أبي داود مع العون (٨١/٨ ـ ٨٥)؛ وابن ماجه (٨٠١/٢)؛ والترمذي مع التحفة (٦٢٥/٤)؛ والنسائي (١٩١/٦)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (١٥٨/٦)؛ وتلخيص الحبير (٦٧/٣).

(٢) فتح القدير (٤٠/٥)؛ والبحر الرائق (٢٠٦/٥)؛ والدر المختار (٣٣٨/٤)؛ وبدائع الصنائع (٨/٨-٣٩)؛ وشرح الخرشي (٨٨/٧...)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٧٧/٤، ٨٤٠)؛ وبلغة السالك (١٩٤/٣)؛ والقوانين الفقهية ص (٣١٨)؛ والروضة للنووي (٣١٩/٥)؛ والغاية القصوى (٦٤٣/٢)؛ وتحفة المحتاج (٢٨٩٦)؛ ونهاية المحتاج (٤٠١/٥)؛ وشرح المحلي على المنهاج (١٠٩/٣)؛ والمغني لابن قدامة (٦٠٠/٥).

(٣) فتح القدير (٤٠/٥ ـ ٤٤).

بل ذهب بعض الفقهاء كالحنابلة في رواية راجحة[١]. ووجه للشافعية[٢]، وقول داخل المذهب المالكي إلى عدم اشتراط القبول حتى ولو كان الموقوف عليه شخصا معيناً، بل قالوا: إنَّ الموقوف عليه لا يملك الرد قال ابن قدامة: «والوجه الثاني: لا يشترط القبول، لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة، والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق»[٣]، وقال بعضهم: إنَّ الوقف على المعين ينعقد بمجرد صدور الإيجاب، ولا يحتاج إلى قبوله، بل المشروط أن لا يرده[٤]، وحتى لو رده فإنَّ الوقف سيظل منعقداً، ولا يبطل برده، بل ينتقل الاستحقاق إلى الفقراء عند الحنفية[٥] وكذلك عند المالكية لكنهم قالوا: إن كان الواقف وقف وقفاً مطلقاً فإنَّه لا يبطل بالرد سواء قبله أم لم يقبل، لكن يوكل الأمر إلى الحاكم يصرفه كيف يشاء، أما إذا أراد بالوقف أن يكون على المعين بخصوصه فإنَّه يبطل ويعود إلى ملك الواقف[٦]، وخالفهم الشافعية في ذلك حيث قالوا بعدم انعقاده إذا رده[٧]، لكن البغوي منهم قال: «لا يبطل بالرد كالعتق»[٨].

فعلى هذا فالوقف على غير المعين يتم برضا منفرد، وكذلك الوقف على معين عند الجمهور ما عدا الشافعية، والمالكية في حالة ما إذا كان الواقف قد قصد الشخص المعين بعينه، ورده.

٢ ـ والكفالة وهي تطلق على الكفالة بالنفس، وعلى الضمان، فالأولى هي الالتزام بإحضار شخص استحق حضوره، وأمَّا الضمان فهو: التزام دين على آخر، أو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً[٩]،

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/٦٠٠).

(٢) الروضة للنووي (٥/٣٢٤). وقال: «وبه قطع البغوي، والروياني، قال الروياني: «لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول لكن لا يملك عليه إلَّا بالإختيار».

(٣) المغني لابن قدامة (٥/٦٠٠)؛ وكشاف القناع (٢/٤٤٧).

(٤) فتح القدير (٥/٤٠ ـ ٤٤).

(٥) البحر الرائق (٥/٢١٥).

(٦) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/٢٦٣ ـ ٢٦٤).

(٧) روضة الطالبين (٥/٣٢٤).

(٨) الروضة (٥/٣٢٤ ـ ٣٢٥).

(٩) فتح القدير (٥/٤٠)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٢٩)؛ والغاية القصوى (١/٥٢٩)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥٩٠).

فالكفالة مطلقاً لا تحتاج إلى رضا المكفول عنه أو له، أو المضمون عنه عند المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] وأبي يوسف من الحنفية[4].

إذن فالكفالة تنعقد على رأي الجمهور بالإرادة المنفردة حيث إنها لا تحتاج إلى أكثر من عبارة الكفيل بوحده، فلا يتوقف انعقادها على معرفة المكفول له، ولا رضاه، كما أنَّه لا يتوقف على رضا المكفول عنه ومعرفته[5]، بل إنَّهم اختلفوا في أنَّ المكفول له هل له حق الرد، والإصرار على أن يكون الدفع من المدين نفسه، فذهب أكثرهم وهم المالكية[6] والشافعية[7] ـ وهو الظاهر من خصوص الحنابلة[8] ـ إلى أنَّ المكفول

---

(١) الشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/٦٦٨)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٣٤).

(٢) قال النووي في الروضة (٤/٢٤٠): «ولا يشترط رضاه بالاتفاق، لأنَّ قضاء دينه بغير إذنه جائز، فضمانه أولى». ويراجع: الغاية القصوى (١/٥٢٩).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٤/٥٩١): «ولا يعتبر رضا المضمون عنه. لا نعلم فيه خلافاً، ولا يعتبر رضا المضمون له، وقال أبو حنيفة ومحمد: يعتبر».

(٤) جاء في مجمع الأنهر (٢/١٢٤): «وركنها إيجاب وقبول، ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً، فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس». ويراجع: رمز الدقائق شرح كنز الدقائق (٣/٢٠٩).

وأما أبو حنيفة ومحمد، وأبو يوسف في قوله الآخر فقد جعلوا قبول المكفول له ركناً في الكفالة. يراجع: البحر الرائق (٦/٢٢٣). وأما رضا المكفول عنه فليس بشرط غير أنَّه إذا كانت الكفالة بأمره يرجع الكفيل عليه فيما دفعه وإن لم يكن بأمره لا يرجع عليه عند الحنفية، لأنَّه متبرع.

انظر: فتح القدير (٥/٤١٧)؛ والبحر الرائق (٦/٢٤٣). واستثنى أبو حنيفة ومحمد ـ ومعهم أبو يوسف ـ مسألة لم يشترطوا فيها رضا المكفول له وهي أن يقول المريض المدين لوارثه: تكفل عني بما عليَّ من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز. يراجع: فتح القدير (٥/٤١٨).

(٥) المصادر السابقة، إلَّا أنَّ رأياً داخل المذهب الشافعي، والقاضي من الحنابلة اشترطا معرفة المكفول له.

انظر: الروضة (٤/٢٤٠)؛ والمغني.لابن قدامة (٤/٥٩١ ـ ٥٩٢).

(٦) الشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/٦٦٨)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٣٤. .).

(٧) قال النووي في المنهاج مع شرح المحلي (٢/٣٢٥): «والأصح أنَّه لا يشترط قبوله ـ أي المضمون له ـ ورضاه»: فقال العلامة القليوبي في حاشيته عليه (٢/٣٢٥): «فعلم أنَّه ـ أي الضمان ـ لا يرتد برده أيضاً، وهو ما قاله ابن حجر، ووافقه شيخنا، ونقل عن شيخنا الرملي أنَّه يرتد برده». وقال ابن حجر في التحفة (٥/٢٤٥): «وبه يعلم أنَّه لا يؤثر رده فنقل الزركشي عن المحاملي: تأثيره إنَّما يأتي على القول الضعيف أنَّه يشترط رضاه».

(٨) قال ابن قدامة في المغني (٤/٥٩١ ـ ٥٩٢): «ولا يعتبر أن يعرفهما ـ أي المضمون له، وعنه ـ =

له ليس له حق الرد، والإصرار على أن يكون الدفع من المدين نفسه، في حين أعطى أبو يوسف هذا الحق للمكفول. والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم اشتراط رضا المكفول عنه، أو له، ولا معرفتهما ويدل على ذلك أحاديث صحيحة منها ما ثبت أنه ﷺ قد أتى بجنازة ليصلي عليها فقال: «هل عليه دين؟»: قالوا: ثلاثة دنانير. قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا. قال: «صلوا على صاحبكم» قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله، وعليَّ دينه. فصلى عليه[1]، فهذا الحديث يدل بوضوح على جواز الكفالة ولزومها بمجرد قول الكفيل دون الحاجة إلى المكفول له، أو عنه، قال ابن قدامة: «إنَّ قتادة ضمن من غير رضا المضمون عنه فأجازه النبي ﷺ... وإن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه»، كما أنَّه يدل على عدم اشتراط معرفتهما، حيث ضمن من لم يعرفه[2]. ومنها قوله ﷺ «الزعيم غارم»[3]، والزعيم هو الكفيل[4]، كما أنَّ الآية الكريمة ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾[5] تدل على أنَّ الكفالة تتم بإرادة منفردة، إذ لم تشر إلى قبول الآخر، كما أنَّه لم يعرف من يأتي به.

= الضامن، وقال القاضي: تعتبر معرفتهما ليعلم: هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أولًا، وليعرف المضمون له فيؤدي إليه.. ولنا حديث علي، وأبي قتادة، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه، ولأنَّه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر». وقال في ص (٥٩٣): «إن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه». فإذا لزم ذلك فيكون حكمه حكم المدين إذن ليس للمضمون له حق الرد، ثمَّ إنَّ الحنابلة عرفوا الضمان بأنَّه ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق، فتكون مثل المدين، كما أنَّهم استدلوا بالحديث الدال على أنَّ «الزعيم غارم» فإذا كان غارماً ـ أي مديناً ـ فليس للدائن الحق في رده إلَّا أن يعفو عنه.

ويراجع: زاد المستنقع مع حاشيته الروض المربع (١٠٢/٥).

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الحوالة (٤٦٦/٤)؛ وأحمد في مسنده، (٢٩٧/٥)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٧٢/٦). ويراجع: تلخيص الحبير (٤٨/٣).

وروى البخاري في صحيحه (٤٧٧/٤) عن أبي هريرة: «... فلما فتح الله عليه الفتوح قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفى من المؤمنين فترك ديناً فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته».

(٢) المغني لابن قدامة (٥٩١/٤ ـ ٥٩٣).

(٣) الحديث رواه أحمد، وأصحاب السنن، والبيهقي.

انظر: مسند أحمد (٢٦٧/٥)؛ وسنن أبي داود مع العون (٤٧٦/٩ ـ ٤٧٩)؛ والترمذي مع التحفة (٤٨١/٤)؛ وابن ماجه (٨٠٤/٢)؛ والسنن الكبرى (٧٢/٦).

(٤) يراجع: القاموس المحيط، مادة (زعم)؛ وتحفة الأحوذي (٤٨١/٤).

(٥) سورة يوسف: الآية ٧٢، ولا شك أنَّ هذا الحكم وإن كان في شريعة يعقوب ويوسف لكن ورد =

٣ ـ الإسقاطات وهي تشمل ما هو إسقاط محض كالعتق، والطلاق المجرد عن المال، ورد الشفعة، ونحو ذلك، فهذه التصرفات تتم بإرادة واحدة ولا تحتاج إلى قبول أحد، كما أنها لا ترتد بالرد باتفاق الفقهاء[١]، كما تشمل ما فيه نوع من التمليك وهو المسمى بالإبراء قال القرافي: «اعلم أنَّ الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط... وأما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع، والعفو على مال، والكتابة، وبيع العبد من نفسه، والصلح على الدين... وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص،... والطلاق، والعتاق،...»[٢].

فالإسقاط المحض لا خلاف في أنه يتم بالإرادة المنفردة، وإنما ثار الخلاف حول الإبراء ونحوه.

فالإبراء لغة هو التنزيه، والتخليص[٣]، وفي الاصطلاح هو إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر، فعلى هذا فالإبراء إسقاط من حيث إنَّ المبريء يسقط حقه على آخر، وتمليك من جانب أنَّه يملك المدين ماله عليه[٤]. غير أنَّ هذه الإزدواجية في معنى الإبراء إنما يتم عند جماعة من الفقهاء حيث إنَّ بعضهم نفى عنه اشتماله على معنى التمليك، غير أنَّ الراجح أنَّ الإبراء قد يكون في بعض الأمثلة يغلب فيه معنى الإسقاط حتى يكاد لا يبقى فيه التمليك، وفي بعض الأمثلة يكون الأمر بالعكس قال الزركشي: «هل هو ـ أي الإبراء ـ إسقاط محض كالإعتاق، أو تمليك للمديون ما في ذمته فإذا ملكه سقط؟ فيه اختلافُ ترجيح ولهذا قال النووي: في موضع لا يطلق الترجيح، بل يختلف بحسب الصور»[٥].

= في القرآن دون النهي عنه، فيكون حجة.
يراجع: المنخول للغزالي ص (٢٣١).

(١) يراجع فتح القدير (٣/٤٤)، والدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣٨٤)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٥)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٢١).

(٢) الفروق (٢/١١٠).

(٣) القاموس المحيط (١/٨)؛ والمصباح المنير (١/٥٣).

(٤) يراجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٥٦)؛ وفتح القدير (٣/٣٥٦)؛ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/٢٧٦)؛ وطلبة الطلبة للنسفي ص (٣٤)؛ وبداية المجتهد، ط. الخانجي (٢/١٥٣)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (١/٨١)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٨٩)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٣٢٦ ـ ٣٢٧).

(٥) المنثور في القواعد (١/٨١). وقال السيوطي في الأشباه ص (١٨٩): «الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك، قولان، والترجيح مختلف في الفروع فمنها: الإبراء مما يجهله المبرىء، والأصح فيه =

وقد ثار التساؤل حول الجدوى في هذا الخلاف؟ والجواب عنه هو أنَّ له ثمرة تظهر في عدَّة مسائل، بحيث إن قلنا: إنَّه إسقاط فيها فلا يحتاج إلى القبول بل ولا ترتد بالرد، أما لو قلنا: إنَّه تمليك فيها فتكون النتيجة بالعكس، ولهذا توسط ابن السمعاني فقال: «إنَّه تمليك في حق من له الدين، إسقاط في حق المديون وذلك لأنَّ الإبراء إنما يكون تمليكاً باعتبار أنَّ الدين مال، وهو إنما يكون مالاً في حق من له الدين، فإنَّ أحكام المالية إنما تظهر في حقه»[1]، والذي عقدنا البحث لأجله هو أنَّ الإبراء هل يتم بإرادة منفردة أم لا. هذا ما اختلف فيه الفقهاء حيث ذهب فريق - منهم الحنفية[2] والشافعية على الأصح[3] - إلى عدم حاجة الإبراء من الدين إلى قبول المدين بناء على أنَّه إسقاط أو الغالب فيه هو الإسقاط، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول، في حين اتَّجه المالكية في المشهور[1]، والشافعية

= التمليك فلا يصح، ومنها: لو عرف المبرىء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ، والأصح فيه: الإسقاط. ومنها اشتراط القبول، والأصح فيه الإسقاط، فلا يشترط».

(١) المنثور في القواعد (١/٨١ ـ ٨٢). وهناك آثار أخرى تظهر على اعتبار أحدهما دون الآخر منها ما ذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص (٣٥٦).

(٢) الهداية مع شرح العناية (٧/٤٤)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٥٣)؛ ومغني المحتاج (٢/١٧٩)؛ والمنثور في القواعد للزركشي (١/٨١).

(٣) المنثور في القواعد للزركشي (١/٨١)؛ والأشباه للسيوطي ص (١٨٩)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٣٠٧، ٣/١١٢).

(٤) الظاهر من مذهب مالك والمشهور في المذهب هو أنَّ الإبراء يحتاج إلى قبول، قال الدردير الشرح الكبير (٤/٩٩): «فلا بدَّ من قبوله ـ أي قبول من يوهب له ـ لأنَّ الإبراء يحتاج إلى قبول». غير أنَّ الدسوقي ذكر في حاشيته على الشرح الكبير (٣/٣١٠) ما يدل على عدم اشتراط القبول في الإبراء، حيث قال: «بل المراد بها ـ أي بالهبة في الصلح على بعض المدعي به ـ الإبراء وحينئذ فلا يشترط قبول، ولا تجدد حيازة على المعتمد، فإذا أبرأت زيداً مما عليه صح وإن لم يقبل خلافاً لما في الخرشي من أنَّ الإبراء يحتاج لقبول وإن لم يحتج لحيازة، والهبة تحتاج لهما معاً». وكذلك الأمر في بلغة السالك على الشرح الصغير (٣/٤١٧). في حين أنَّ بقية المراجع كالشرح الكبير (٤/٩٩)، وشرح الخرشي (٧/١٠٣)، وحاشية الزرقاني على خليل (٦/٣)، ذكرت أنَّ الإبراء يحتاج إلى القبول، ومن هنا يمكن أن نقول إنَّ في المذهب رأيين بهذا الصدد، وهذا ما نص عليه الدسوقي نفسه في حاشيته على الشرح الكبير (٤/٩٩) قائلاً: «اختلف في الإبراء فقيل: إنَّه نقل للملك فيكون من قبيل الهبة وهو الراجح، وقيل: إنَّه إسقاط للحق، فعلى الأول يحتاج لقبول دون الثاني». وهنا كما رأينا رجح القول القائل بحاجة الإبراء إلى القبول.

في القول المرجوح[1] إلى أنّه بحاجة إلى القبول نظراً لأنَّ الإبراء حينئذٍ يتضمن تمليكاً وهو لا يتم إلَّا بقبول الملك له، وذلك لأنَّ الإنسان لا يدخل شيء في ملكه إلَّا برضاه، ومن جهة ثانية أنَّ الإبراء لا يخلو عند كثير من الناس من المنة، وهي قد لا يحتملها كثير من الناس، ولذلك لا بدَّ من رضا من يبرأ، قال القرافي: «إنَّ المنة قد تعظم في الإبراء، وذوو المروءات والأنفات يضر ذلك بهم، ولا سيما من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك ورده، نفياً للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها، أو من غير حاجة»[2]. غير أنَّ هذا الدليل يمكن أن يتهاوى إذا قلنا: إنَّ الإبراء وإن كان لا يحتاج إلى القبول لكنه يرتد بالرد وهذا ما عليه الكثيرون[3] وهو الراجح، إذ أنَّ الإبراء يختلف عن الإسقاط المحض من حيث إنَّه لتضمنه معنى التمليك يرتد بالرد وإن كان لا يحتاج إلى قبول لوجود معنى الإسقاط فيه، أما الإسقاط المحض فهو ـ كما سبق ـ لا يحتاج إلى القبول، ولا يرتد بالرد.

٤ ـ والوصية على غير المعين ـ كجهة خيرية عامة أو قبيلة مثلاً ـ حيث إنها لا تحتاج إلى القبول، ولا تحتمل الرد، فهي إذن تنعقد بإرادة منفردة، بل إنَّ الوصية في حد ذاتها تنعقد بإرادة الموصي وصيغته، لكنها لا تتم آثارها إلَّا بقبول الموصى له إن كان معيناً عند جمهور الفقهاء[4]، وخالفهم في ذلك زفر حيث ذهب إلى أنها لا تحتاج إلى قبول مطلقاً، بل ولا ترتد بالرد إذا كان على معين، لأنَّ حكمها حكم الميراث[5]، وعلى هذا رأي داخل المذهب المالكي[6]، وقد استدل زفر ومن معه على رأيهم بأن

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي (٨١/١)؛ والأشباه للسيوطي ص (١٨٩)؛ وشرح المحلي (٣٤٠/٢).

(٢) الفروق (١١٠/٢ ـ ١١١).

(٣) منهم الحنفية، والشافعية في رأي لهم وغيرهم، انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٥٦)؛ والمنثور في القواعد (٨١/١)؛ والأشباه للسيوطي ص (١٨٩).

(٤) يراجع: بدائع الصنائع (٤٨٤١/١٠)؛ وتكملة فتح القدير (٤٣٠/٨)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٤٢٤/٤)؛ والروضة (٩٩/٦)؛ والغاية القصوى (٦٩٧/١)؛ والمغني لابن قدامة (٢٥/٦)؛ والبحر الزخار (٣٠٥/٦).

ويراجع لتفصيل هذه المسألة: الأستاذ الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، ط. جامعة الدول العربية ١٩٦٢، ص (٨ ـ ٦٧).

(٥) بدائع الصنائع (٤٨٤١/١٠).

(٦) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤٢٤/٤).

ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، لأنَّ كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثمَّ ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، وكذا ملك الموصى له[1]. وأما الجمهور فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى﴾، حيث إنَّ ظاهره يدل على أنَّه لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه، ومن جهة ثانية أنَّ القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين أحدهما أنَّه يلحقه ضرر المنة، ولهذا يتوقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة، والثاني أنَّه قد يحتمل أن يكون الموصي به شيئاً يتضرر به كالعبد الأعمى، والبغلة التي لا تصلح للركوب والحمل، ولهذا كله لا بدَّ من قبول الموصي له إذا كان معيناً[3].

ومن هذا العرض اتضح لنا أنَّ الفقه الإسلامي قد أولى عناية فائقة بالإرادة المنفردة، وأنها قد وجدت نطاقاً واسعاً خصباً لتنشىء فيه آثاراً شرعية، بل إنَّ بعض الاتجاهات الفقهية ـ كاتجاه المذهب المالكي قد استطاع أن يصوغ منها نظرية متكاملة من خلال الإيجاب الملزم، والوعد الملزم وغير ذلك، وأما الجمهور فقد توسط فأعطاها القدرة على الإنشاء في التصرفات القولية التي لا تحتاج في إنشائها إلى شخص آخر[4].

الفرع الثاني

مدى قدرة الرضا المنفرد على إنشاء الأثر في القانون

لم يختلف الفقه في أن الرضا المنفرد أو الإرادة المنفردة[5] تنتج عنه بعض آثار قانونية كإنهاء الالتزام، أو الإقرار به، أو نحو ذلك، فهو قادر على كسب الحقوق العينية

---

(١)، (٢)، (٣) بدائع الصنائع: (١٠/٤٨٤١) والمصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة جميعها. ويراجع: الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد ص (٢/٢...)؛ وأستاذنا الدكتور الشيخ العدوي، المصدر السابق ص (٢٦)؛ والأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور، المدخل ص (٥٦٧).

(٥) يراجع في تفصيل هذه المسألة:

(Gounet, le Principe de L'autonamie de la volonté en droit Prive Paris, 1912, P. 33).
(Salle de la marniere (Edmend), L'evolution technique du contrat et ses conséquences, thése, Paris, 1930, No 138).

ورسالة جوييير (Guihaire)، بجامعة برن ١٩٠١: بعنوان القوة الملزمة في التعبير من الجانب الواحد؛ ورسالة إلياس، نظرية القوة الملزمة في الإرادة الواحدة، باريس ١٩٠٩؛ وديموج، الالتزامات جـ(١) ص (٥٤)، بند (١٨)؛ وبلانيول، المصدر السابق (١/ بند ٨٣١)؛ =

كالوصية، وعلى سقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وعلى الإقرار بحق، وعلى إنهاء رابطة عقدية كعزل الوكيل ونزوله وغير ذلك[1]. وإنما ثار الخلاف والجدل حول مدى قدرته على إنشاء الالتزامات؟.

فمن المسلم به أن القانون الروماني لم يصل خلال كل أدواره إلى تقرير مبدأ الرضائية، وإعطاء القدرة للإرادة على إنشاء الالتزامات، وإن كانت مزدوجة فضلاً عن أن تكون منفردة، فقد استلزم في تحقيق الأثر القانوني وجود أشكال وأوضاع خاصة لإنشاء الالتزامات ـ كقاعدة عامة ـ لكنه رتب على الالتزام بالإرادة المنفردة في حالتين اثنتين في حالة التعهد للآلهة (النذر) وفي حالة التعهد قبل إحدى المدن، غير أن هاتين الحالتين ـ بالإضافة إلى كونهما في غير نطاق القانون الخاص[2] يعود عدم اشتراط القبول فيهما إلى استحالة تحقيقه فيهما[3]، ثم إن نظرية الإرادة المنفردة حديثة المنشأ لم تظهر في القانون الروماني، ولا في التشريع الفرنسي القديم، ولا في فقهه التقليدي، بل ظهرت أول ما ظهرت في ألمانيا بفضل الأسس الفلسفية التي وضعها كانت وغيره في هذا الخصوص، يقول كانت: «سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين الأخلاقية ولكل الواجبات التي تمليها هذه القوانين»[4]. ثم تطورت هذه

= وجوسران، المصدر السابق ب(٢ بند ١٠)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/١٢٨٢)؛ ومحمد نصر الدين، المصدر السابق ص ٢٣٢؛ ود. جميل الشرقاوي، رسالته في البطلان ص (١٥)؛ والنظرية العامة للالتزام ص (٤٠٠)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٤٣٢)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر التزام ص (١٠٢)؛ ود. وليم قلادة، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (١٠٢)؛ ود. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام (١/٤٠٤)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٤٦١)؛ وشيفاليّه، مقالته في مجلة القانون والاقتصاد بعنوان: الإرادة مصدراً للالتزام في مشروع القانون المدني المصري المنقح، العدد ١٢ سنة ١٩٤٢ ص (١٩ وما بعدها)؛ ود. بهجت بدوي، أصول الالتزامات (١/ بند ٧٥)؛ ود. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق (١/٣٦٧).

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/١٢٨٢)؛ والمصادر السابقة.

(٢) وذلك لأن التعهد لمدينة يدخل في نطاق القانون العام والتعهد للآلهة يدخل في المسائل الدينية. يراجع: ورمز، المصدر السابق ص (٨٠)؛ ود. جميل الشرقاوي، البطلان، ص (١٨).

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٣٠١)، ود. جميل الشرقاوي، البطلان ص (١٨).

(٤) كانت: العقل العملي ص (٣٣) المشار إليه في د. قلادة، المرجع السابق ص (٨٨ ـ ٨٩). ويقول جونو: «إنَّ كانت كان واحداً من أهم مفكري النظرية التقليدية لسلطان الإرادة..». انظر: جونو، المصدر السابق ص (٥٨٢).

النظرية وخرجت عن النطاق الفلسفي، والخلقي إلى النطاق العملي، والقانوني في التصرفات، وتبناها الفقهاء الألمان أمثال (سيجل) و (جاكوين) و (كونتس) وغيرهم[(١)]، والتي انتهت إلى أن تجعل الإرادة المنفردة تستمد قوتها من نفسها، على عكس الفلسفة الفرنسية التي أدخلت السبب عنصراً أساسياً في الالتزام الإرادي، فلا يؤثر تخلف الغرض في قوة الإرادة على ضوء النظرية الألمانية، لأن قانون الواجب - وهو الدافع الحقيقي للإرادة الخالصة - يأمر بالتنفيذ[(٢)]. يقول شيفاليه في توضيح الفرق في الأسس الأخلاقية والفلسفية لكل من القانونين: «فعلى الرغم من عدم التنفيذ يبقى العقد قائماً، لأنه يستمد قوته الملزمة من رضا الطرفين، وهو يتطلب هذه القوة طالما أن أحكامه يمكن تنفيذها.. فإذا لم ينفذ أحد الطرفين، فإن منطق الواجب يقضي بأن يجبر هذا الناكل على التنفيذ، لا بأن يستمد من تخلي الأول عن واجبه حجة لأن يخالف فعلى العكس من القانون الفرنسي يعتبر القانون الألماني الدفع بعدم التنفيذ هو الجزاء الطبيعي لعدم التنفيذ، أما الفسخ فلا يظهر إلا في النهاية، وليس له دور استثنائي احتياطي فهو الملجأ الأخير للدائن ولا يقدم إليه إلا إذا لم تُجْدِ الوسائل الأخرى»[(٣)]. أما التنظيم الفرنسي فالاعتبار الأول فيه هو الغرض الذي يقصده العاقد، ومن هذا يكون من الطبيعي أن يفقد العقد سببه حين يتخلف هذا الغرض[(٤)]، على عكس النظرية الألمانية القائمة على ذاتية الإرادة، حيث إن تخلف الغرض عندها لا يؤدي إلى هدم الإرادة، بل تفرض على كل متعاقد احترامها وهذا أقوى تحقيق قانوني وضعي ممكن لفكرة الواجب الأخلاقية»[(٥)].

هذا وقد دخلت هذه النظرية إلى فرنسا عن طريق الأستاذين (ورمز)[(٦)] ثم

---

(١) فقد ألف هؤلاء وغيرهم في هذا الخصوص، فألف سيجل كتابه المسمى «الوعد كسبب في الالتزام»، وطبع سنة ١٨٧٤ م، وكتب سطب مقالة عن الإرادة المنفردة في مجلة تاريخ الحقوق الألمانية السنة الثالثة عشرة، وكوين في مؤلفه عن الالتزامات الجزء الحادي عشر ص (٣٥٠). وجاكوين في مؤلفه: الحقوق تعريف العرض ومؤلفه الآخر «الوعد والعقد»، المشار إليهم في محمد نصر الدين زغلول المصدر السابق ص (٢٣٥)؛ ود. السنهوري، نظرية العقد ص (١٨٦)؛ والوسيط (١٢٨٣/١).

(٢) د. قلادة، المصدر السابق ص (٨٩)؛ والمصادر السابقة.

(٣) شيفاليه، المصدر السابق ص (١٠١). ويراجع د. قلادة، المصدر السابق ص (١٠٢).

(٤) شفيق شحاته، نظرية الالتزام (بند ٤٦، ٤٧، ٤٨)؛ والمصادر السابقة.

(٥) د. قلادة، المصدر السابق ص (١٠٢).

(٦) حيث ألف رسالته في الإرادة المنفردة في مارس ١٨٩١.

(سالي)[1]، غير أن جمهور الفقه ظلوا على معارضتهم حتى على الرغم من قبول بعضهم بعض تطبيقاتها، لكنهم كيفوها على أساس آخر غير الإرادة المنفردة[2]، وقد أرجع بعض سبب هذا التشدد في الفقه الفرنسي تجاه الإرادة المنفردة على الرغم من غلوه في الانتصار للرضائية إلى تصوره للحق على أنه رابطة بين دائن ومدين، وعدم البحث عن مصدر الإلتزامات الإرادية، وتجديد دور الإرادة في إنتاج[3]. ويعتقد آخرون: «أن تصور الحق كرابطةٍ سبب غير مباشر في رفض نظرية الإرادة المنفردة فهذا التصور سبب مباشر لاعتبار التصرف القانوني: «توافق إرادتين» وهذا التصور للتصرف القانوني هو السبب المباشر لرفض نظرية الإرادة المنفردة لأن مصدر الالتزام في نظريتهم هو التوافق، لا الإرادة ذاتها يظهر ذلك أنهم لا يربطون ربطاً مباشراً بين تعريفهم للحق وقبولهم الالتزام بالإرادة المنفردة[4].

وأما التشريعات الحديثة فهي ليست على سنن واحد، وكذلك الأمر في الفقه فمنها ما اعترف بقدرتها على إنشاء الالتزامات ومنها من نفى ذلك، ثم الذين اعترفوا بها قد اختلفوا على ثلاثة آراء، رأي اعتد بها كاستثناء، ورأي جعلها مصدراً من مصادر الالتزام، ورأي بالغ حتى جعلها المصدر الوحيد له، وأرجع بقية المصادر إليها، إذن نحن أمام أربعة اتجاهات نذكرها مع أدلتها ومناقشتها بإيجاز:

الاتجاه الأول:

هو رفض الاعتراف بسلطان الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات مطلقاً، وهذا هو موقف التشريع المدني والفقه التقليدي الفرنسيين[5]، وتبعهما في ذلك التشريع

---

(١) حيث تبنى هذه الفكرة ودافع عنها في كتابه، الالتزامات في مشروع القانون المدني الألماني بند (١٣٨) إلى (١٤٤). ويراجع الأستاذ السنهوري، الوسيط ص (١/١٢٨٣)؛ والأستاذ جميل الشرقاوي؛ البطلان ص (٢٠).

(٢) يراجع الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/١٢٨٣).

(٣) من هذا الرأي شيفاليه مقالته السابقة الإشارة إليها في ص (٢١١ ـ ٢١٢)؛ والأستاذ بهجت بدوي، العقد بند (٧٥).

(٤) أوبرى ورو، جـ (٤) فقرة (٣٤٢)؛ وبيدان في الالتزامات بند (٥٨)؛ وديموج، في الالتزامات (١/١٨)؛ وبلانيول وربير، الصمدر السابق (٦/ بند ٩). فقد ذكروا قضايا كثيرة بهذا الخصوص.

(٥) أوبرى ورو جـ (٤) فقرة (٣٤٢)؛ وبيدان في الالتزامات بند (٥٨)؛ وديموج في الالتزامات (١/١٨)؛ وبلانيول وربير، المصدر السابق (٦/ بند ٩). فقد ذكروا قضايا كثيرة بهذا الخصوص.

المدني المصري القديم، والفقه التقليدي في ظله(١).

وقد استبعد هذا الاتجاه الإرادة المنفردة عن كونها من مصادر الالتزامات أو أن تنشىء آثاراً قانونية وحـدها، ومن هنا اضطرت إلى تكييف ما يترتب عليها من حيث الظاهر بأنها راجعة إلى القانون، فهي إن هي إلا واقعة محضة لا يترتب عليها أي أثر إلا إذا قضى القانون بذلك، ولهذا كان مكان بحثها الطبيعي حين البحث عن القانون كمصدر للالتزام غير أن هذا التكييف إن كان مقبولاً في ظل القانون الروماني الذي سادت فيه الشكلية، وصعب تصوير إعطاء القدرة للإرادة المتجردة عن الشكل فإنه يكون قبوله صعباً في ظل القوانين الحديثة التي آمنت بالرضائية وأرجعت القوة الإلزامية للالتزامات الإرادية بل وغير الإرادية عند بعض إلى الإرادة، فوصف العمل الإرادي بالواقعة القانونية المحضة يعني بكل بساطة ووضوح العودة إلى عصر عدم الاعتراف بدور الإرادة فالفقه التقليدي الفرنسي من أشد المدافعين عن مبدأ الرضائية فكيف يسنح له بأن يهدر دور الإرادة، ويسمى العمل القانوني الإراديّ بالواقعة القانونية ومن جهة ثانية أن ذلك الأثر لا يشك أنه من بقايا قواعد القانون الروماني وتقاليده التي لم يستطع الفقه التقليدي والقانون الفرنسي التخلص من كثير منها بل كانا يبحثان عن تأويل لكثير من مبادئه ليستندا إليها في تقرير كثير من المبادىء الحديثة، فإن كان رفضهما لقوة الإرادة المنفردة جاء مستنداً على تقاليد القانون الروماني فإن ذلك الاستناد ـ على الرغم من عدم الحاجة إليه في الفقه الحديث ـ قد جانبه التوفيق حيث نجد في القانون الروماني استثناءين اعتد فيهما بالإرادة المنفردة، وهما التعهد للآلهة، أو قبل إحدى المدن تعهداً ملزماً دون الحاجة إلى القبول فهذان الاستثناءان وإن لم يمكن اعتبارهما أساساً متيناً للقول بوجود نظرية الالتزام بإرادة منفردة في القانون الخاص الروماني، لكن كان بإمكان الفقه التقليدي الفرنسي أن يعتبرهما أساساً صالحاً لاستخلاص مبدأ عام منهما أمام مقتضيات المجتمع الحديث وتطور التجارة منه(٢)، ولا سيما فهو قد افترض لبعض المبادىء الحديثة أموراً في القانون الروماني لا يمكن قبول

(١) يقول الأستاذ السنهوري في الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص (٥١): «أصبح من تقليد القانون الفرنسي أن الالتزام الذي يتولد من عمل قانوني لا يكون منشؤه إلا عقداً ـ أي توافق الإرادتين ـ أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً ولقد ورث القانون الفرنسي هذه القاعدة من تقليد القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاءً في فرنسا، وفي مصر ـ أي في ظل قانونها القديم». ويراجع المصادر السابقة.

(٢) د. جميل الشرقاوي، البطلان، ص (١٧ ـ ١٨).

هذا الافتراض إلا بعد تعسف في التأويل، فكان الأولى به أن يركن إليهما لإيجاد أساس لوضع نظرية عامة للإرادة المنفردة[١].

ومن جهة ثالثة أبدى الفقه التقليدي مخاوف شديدة من اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام حيث يترتب عليها هدم بنيان قلاع العقود التي ظلت مصونة على مر الحقب والعصور، كما أن في اعتبارها فوضى لا تنكر، وعدم استقرار في نطاق التعامل والتعاقد، إذ يكون على ضوئها أن يلتزم الإنسان بإيجابه فقط دون الحاجة إلى التلاقي في حين أن القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم لم يجعلا للالتزامات الإرادية سوى العقد[٢].

غير أن هذه المخاوف تتلاشى إذا كنا قد حددنا نطاقاً خاصاً للإرادة المنفردة، ونطاقاً خاصاً للعقود، فيبقى نطاق العقود في مأمن ما دامت لها أركان خاصة وشروط خاصة تختلف عن الأركان والشروط التي ينبغي توفرها في الإرادة المنفردة.

الاتجاه الثاني:

الاعتداد بالإرادة المنفردة كاستثناء، وهذا الاتجاه قد استند على الأدلة السابقة أنفسها غير أنها خصص الحكم والأدلة بأن ما يوجد من تطبيقات عملية للإرادة المنفردة لا تخرج عن كونها استثناءات فرضتها ظروفها الخاصة، وهذا هو رأي أغلبية الفقه الحديث في مصر[٢] وفرنسا[٣]، بل يرى البعض[٤] أن هذا هو رأي التشريع الألماني لأن المادة (٣٠٥) قد نصت على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون ألا بعقد عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك فقد فسرت هذه المادة على أنها تضمنت المبدأ العام في نشوء الالتزام الإرادي وهو أن العقد يعتبر المصدر العام للالتزام الإرادي، كما تضمنت قيداً على ذلك المبدأ وهو أن ما خرج عنه يعتبر استثناء يحتاج إلى نص من القانون مثل المادة (٨٠) من القانون الألماني الخاصة بالمؤسسات والمادة (٦٥٧) منه الخاصة بالوعد بالجائزة، والمادة (٧٩٣) الخاصة بالسند لحامله.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٤٠٦/١)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١٢٨٨/١)؛ ونظرية العقد بند (١٨١).

(٣) مارتي ورينو، بند (٣١٦) المشار إليه في د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٤٠٢).

(٤) د. السنهوري، الوسيط، ط. سنة ١٩٥٢ (١٢٨٨/١)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص (٤٠٧).

فأهم تطبيقاته تكمن في الإيجاب الملزم والوعد بالجائزة ونحوهما[1]. ولم يشأ المشرع الألماني أن يصوغ نظرية عامة للإرادة المنفردة خشية أن تفسر هذه الفكرة تفسيراً، ولأنه كان يحس بمضارها لو فتح لها الباب على مصراعيه[2].

وهذا أيضاً هو رأي التشريع الإيطالي الجديد حيث أبقى العقد على كونه المصدر العام للالتزام الإرادية من خلال مادته (١٣٧٢) ثم نص في مادته (١٣٨٧) على أن الإرادة المنفردة يمكن أن تعتبر مصدراً للالتزام الإرادي لكنها مصدر استثنائي، يدل على ذلك قوله: «أما الوعد الأحادي بالقيام بأداء فلا يكون له أثر ملزم في غير الأحوال التي نص عليها القانون»، وتلك الحالات مثل الوعد بالوفاء، والاعتراف بالدين (١٩٨٨ م) والوعد بالجائزة (١٩٨٩ م)[3].

الاتجاه الثالث:

اعتبار الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزامات الإرادية، وهذا الاتجاه تبناه (ورمز) من الفقهاء الفرنسيين متأثراً بالنظرية الألمانية وبالغ في إعطاء المزيد من الدور للإرادة المنفردة حتى جعلها المصدر الوحيد لكل الالتزامات الإرادية، بل يرى أن اشتراط تلاقي الإرادتين لتحقق الالتزام من بقايا الشكلية فهو يقرر أن التطور التاريخي للإرادة باعتبارها منشئة للالتزام يدل على أنها تخلصت تدريجاً من الأوضاع التي كانت تحوط بها، وآن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة ولا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لا يزال باقياً، فإذا قضينا عليها أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام[4]. وقد استدل هؤلاء على وجهة نظرهم ببعض تطبيقات مسلمة عند الجميع فمثلاً أن من صدر عنه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل فإن العقد يتم على الرغم من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين، ولا يمكن أن يفسر ذلك إلا بأن الإيجاب ـ وهو إرادة منفردة ـ ملزم بذاته[5].

ثم إن القول بجعل الإرادة المنفردة المصدر الوحيد لا يقضي على العقد ـ وإن

(١) يراجع: ورمز، الإرادة المنفردة ص (١٧٥)؛ ود. السنهوري الموجز ص (٥٢ ـ ٥٣).

(٢) شيفاليه، مقالته السابقة ص (٢٢).

(٣) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٤٠٧)؛ وشيفاليه، المصدر السابق ص (٦٩).

(٤) ورمز، رسالته السابقة ص (٩٣). نقله عنه الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/١٢٨٢).

(٥) ورمز المصدر السابق ص (١٦٥/، ١٧٩).

كان يؤدي إلى تعديل تصور العقد على عدم الحاجة إلى التلاقي ـ وذلك لأننا إذا قلنا بقوة الإرادة المنفردة تكون قوتها أن تلاقت معها إرادة أخرى إن لم تكن أكثر فلا أقل من أن تكون مساوية؛ فلا يمكن أن تكون حينئذٍ أضعف من الإرادة المنفردة[1].

غير أن هذه الحجج إن كانت كافية في الاعتداد بالإرادة المنفردة وإعطاء دور رائد إياها لكنها ليست كافية في الدلالة على كونها المصدر الوحيد لأنه مهما حاولنا أن نرخي العنان لسلطان الإرادة المنفردة فلن يكون بوسعه أن يزحزح العقد ويسحب البساط من تحت قدميه، فهو لا يتحقق إلا بتلاقي الإرادتين حقيقة أو حكماً، وذلك لأن مقتضى العقد أن يتعلق بشيء ترد عليه مصلحة الطرفين، فلا بدّ أن تجتمع الإرادتان عليه حتى يتم ما اتجهت إليه نية الطرفين، وهذا ليس من بقايا الشكلية والتراث التاريخي، بل نابع من طبيعة العقد وحقيقته مع أنه من الناحية العملية ليس هناك قيمة ما إذا قلنا بالإيجاب الملزم فيما يشترط فيه تلاقي إرادة أخرى به لأنه لا يترتب الأثر إلا بأن يقبل الآخر فحينئذٍ قد تم التلاقي وإن حصل فيه التراخي، وهو المقصود بعملية التراضي أو الإرادتين المتصلتين، ثم إن المثال الذي أوردوه بخصوص ترتب الأثر على الإيجاب على الرغم من أن الموجب قد عدل عنه فيما بعد فليس منه ـ حسب تقديرنا ـ أي دليل على وجود الإيجاب الملزم، وعدم التلاقي، وذلك لأن القبول قد اتصل بالإيجاب فتم به العقد، وأما عدوله فلا يقبل منه، لأن إرسال إيجابه إلى القابل بمثابة التنازل الكامل عن حقوقه في سحب إيجابه، وإلا لو فتح هذا الباب لأدى ذلك إلى فوضى لا مثيل لها.

الاتجاه الرابع:

هو الإعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتـزام بجانب العقـد، وهذا الاتجاه كان المشروع التمهيدي للقانون المصري الحالي قد تبناه من خلال وضعها في باب خاص حيث نص في مادته (١/٢٢٨) على أنه «إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً، وكان لمدة معينة فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه»، غير أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة، «عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعـل الإرادة المنفردة ملزمـة، واكتفاء بالحالات المنصوص في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً»[2].

---

(١) يراجع المصدران السابقان.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/٣٣٩).

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي:

أولاً: إن منطق التسليم بسلطان الإرادة يقتضي التسليم بكون الإرادة المنفردة أحد مصادر الالتزامات الإرادية ـ إن لم يكن مصدرها الوحيد ـ وذلك لأننا إذا بحثنا عن مناط القوة الملزمة للإرادة المزدوجة على ضوء الفقه الحديث نصل إلى هذه النتيجة لا محالة، وذلك لأن سر قوتها لا يكمن في الشكل كما كان في القانون الروماني، وإنما يكمن في الإرادة نفسها كما اعترف بذلك الفقه الحديث عموماً، ودافع عنها بشدة الفقه التقليدي، فإذا سلمنا بهذه النتيجة ـ وهي مسلمة بل هي من البديهيات ـ فلا يفسر تقييد نطاق سلطان الإرادة باشتراط أن تلتقي معها إرادة أخرى إلا بأنه اعتراف ضمني بأن الإرادة لم تبلغ بعدُ رشدَها ونضجها لترتيب الآثار بوحدها بل لا بدّ من أن تنضم إليها إرادة أخرى لتعضد إحداهما الأخرى، وما ذلك في نظرهم إلا نوع من الشكلية الرومانية لكن بصياغة أخرى وأسلوب حديث. فلو تحررنا عن هذه العقدة وسلمنا فعلاً بسلطان الإرادة فما هو الفرق بين إرادة منفردة، وإرادة مزدوجة إلّا ما يعود إلى محل الإرادة نفسه، بحيث إذا تعلقت بشيء يتعلق بحقوق الآخر فإنها لا تنتج عليها جميع آثارها إلا إذا رضي الآخر إذ لا سلطان لإرادة على إرادة أخرى، غير أن وجود هذا التقييد المعقول ولسببه الخاص لا يقضي أن تكون إرادة الأول هدراً ليس لها أي قيمة إلا بأن تلتقي معها إرادة الثاني، فالإرادة حينما اتجهت إلى أمور ليست لها علاقة بآخر فلا بدّ أن يعطي لها كامل حريتها، كما أنها لا بدّ أن تنشيء آثارها القانونية بقدر ما يتعلق بقائلها، فالموجب حينما عبر عن إرادته أصبح ملزماً بقدر ما يتعلق بحقوقه، أما ما يتعلق بحقوق الآخر فإنها تتوقف عليه فقط. فليس في المنطق القانوني الحديث ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته، فالإنسان حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون.

ثانياً: إن لنا أن نتساءل عن سر إعطاء القوة لإرادة المتعهد له الذي يقبل، وعدم إعطائها للإرادة التي عبر عنها الموجب؟ ولذلك يكيف الفقه الألماني هذه المسألة بأن إنشاء العقد من جانب الموجب يتضمن التزامين، أن يقيد نفسه أولاً بالإيجاب الصادر منه، فلا يتجاوزه عدولاً عنه أو إسقاطاً له، وأن ينفذ في المقام الثاني ما تعهد به، فالالتزام الأول يجب أن يعني به حتى ولو من قبيل النزول على حكم الآداب، أو أحكام الحقوق الطبيعية[1].

(١) جروتص (٢/١٢٧، ١٤٥)، المشار إليه في د. محمد نصر الدين، المصدر السابق ص (٢٢٦).

ثالثاً: إن القانون يفترض الإرادة في الأفعال التي تحدث بالغير ضرراً حتى ولو كانت على سبيل الخطأ، فلو صح هذا ـ وهو صحيح ـ فكيف ينشىء الفعل الواقع بدون إرادة التزاماً، ولا ينشئه بالإرادة[1].

رابعاً: إن اتصال الإرادتين لا يتم حتى في العقد إن أردنا به الاتصال الحقيقي، وذلك لأن إرادة القابل تأتي بعد انتهاء الموجب عن إرادته، فهي عرض زائل غير مستمر ينتهي بمجرد التعبير عنها إذا أردنا بالإرادة التعبير عنها، فهي إذن كلام ينتهي آخر جزء منه بآخر ما يتفوه به، وإن أردنا بها الإرادة الباطنة فالاتصال بينهما عسير جداً، بل هو غير مطلوب بالاتفاق، إذ لا إطلاع لأحد عليها سوى الله تعالى وصاحبها، فقد يندم صاحبها بمجرد التعبير عنها، أو يغفل عنها، إذن فقد حصل عدم الاتصال والتلاقي في كثير من العقود على الرغم من أن الفقه التقليدي يقول بترتيب الأثر عليها، هذا في التعاقد بين الحاضرين، فكيف بالتعاقد بين الغائبين عن طريق الكتابة ونحوها فأين الاتصال والتلاقي حتى يتم العقد؟ وكيف يفسر العرض للجمهور الذي تستمر قوته أياماً بل شهوراً وسنين إلا على ضوء القوة الملزمة للإرادة المنفردة، فكيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور مع أن الشخص الذي يقبله قد يكون غير موجود وقت العرض بأن يكون لم يولد بعد مثلاً، أو كان موجوداً لكنه فاقد الأهلية حينئذٍ ثم تعود إليه، وهكذا فهذه الحالة وغيرها لا يمكن فيها الاتصال الحقيقي والتلاقي إلا على تفسير الاقتناع بالإرادة المنفردة وقوتها الذاتية[2].

وقد أبدى أنصار نظرية الفقه التقليدي الفرنسي مناقشتهم واعتراضاتهم على الأدلة السابقة كالآتي:

أولاً: أنه إذا أمكن فهم أن المدين يلزم بإرادته المنفردة فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائناً دون إرادته، فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن فما معنى هذا الالتزام، وما قيمته؟ وإذا قيل أنه لا بدّ من إرادة الدائن حتى يصبح مديناً فهذا هو توافق الإرادتين المطلوب[3].

---

(١) د. محمد نصر الدين، المصدر السابق نفسه.

(٢) يراجع في نقل هذه الآراء وحججهم: د. محمد نصر الدين، المصدر السابق ص (٢٣٥ ـ ٢٣٦)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١٢٨٣/١)؛ ود. جميل الشرقاوي؛ البطلان ص (٤٠٣)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٤٣٤)؛ وبقية المصادر السابقة.

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١٢٨٦/١)؛ والمصادر السابقة.

وهذا الاعتراض غير مسلم ولا يرد عليهم، وذلك لأنهم يقولون بأن الإرادة المنفردة لها القوة المستقلة في ترتيب الآثار في حدود ما يتعلق بصاحبها، لكن هذه القوة لا تتهاوى بمجرد أن لم تجد إرادة أخرى تتصل بها، بل تبقى على قوتها في حدود سلطانها، ثم إنه من جهة ثانية أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور مدين بدون دائن ما دام المدين موجوداً وقت نشوء الدين، وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك[1].

ثانياً: لو سلمنا أن للإرادة المنفردة هذا السلطان وأن في استطاعتها توليد الالتزام فإنه يلزم منه أن يسلم بأن في استطاعتها إنهاء الالتزام، لأن ما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله حسبما تراه، وفي الوقت الذي تراه بلا تقيد، أو التزام للغير[2]. فعلى هذا لا يؤتمن من أن الإرادة المعلنة ربما قد ندم عنها صاحبها فحينئذ لا بد من اشتراط التلاقي دفعاً عن هذا الاحتمال.

وهذا الاعتراض غير مسلم، وذلك لأن ما ذكروه من احتمال رجوع صاحبها مجرد احتمال يقابله احتمال عدم رجوعه عنها، والأخير هو الأرجح لأنه لو رجع لكان قد أعلن عن رجوعه، وهذه القرينة كافية في ترجيح احتمال ثباته عليها، ومع ذلك فما ذكروه خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي، وأثرها في الروابط الاجتماعية والقانونية، وذلك لأن الإرادة متى أعلنت وعلم بها الغير اطمأن إليها وولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، إذن يجب احترام هذه الحالة التي أنشأتها الإرادة ولا يجوز عندئذ العدول، إذ يترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل، واحترام الثقة[3].

ثالثاً: إن إرادة الطرف الأخير ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول بل تؤثر فيها إرادة الأول فتتفاعلان حتى تنتج من تفاعلهما إرادة متحدة هي العقد، إذن فكلتا الإرادتين اشتركت في تكوين الالتزام ولم تستقل إحداهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة[4].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) يراجع لتوضيح هذه الآراء: د. محمد نصر الدين، المصدر السابق ص (٢٣٧)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/١٢٨٥)؛ ومصادرهما المشار إليها.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة.

وهذا الاعتراض أيضاً إذا كان مسلماً في بعض العقود وبعض الأحيان لكنه ليس بمسلم على الدوام، فقد يتم العقد دون تفاوض ومع ذلك فالعقد صحيح، ثم إنه من جهة أخرى مهما سلمنا بتأثير إحدى الإرادتين في الأخرى لكنه بلا شك أن الإيجاب بعد أن أصبح باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه، فحينئذ تكون إرادة كل واحد منهما إرادة مستقلة.

ومن خلال هذا العرض تبين لنا أن الاعتراضات التي وجهها أنصار النظرية الفرنسية لم تستطع أن تؤثر في حجج أنصار النظرية الألمانية السابقة، بل أمكن الجواب عنها، ودحضها، ومن هنا يظهر لنا رجحان هذا الاتجاه، وذلك لأن إنكاره مما لا يتفق مع اعتناق مبدأ الرضائية في التشريعات الحديثة، فما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إنشاء الآثار القانونية، فيكون من المنطقي جداً أن يقبل سلطان الإرادة المنفردة، كما أن الحاجة العملية تقتضي الاعتراف بها، وإن كان الفقه التقليدي قد استطاع من خلال الوسائل الفنية التي تتفق مع فكرته أن يعالج آثار الإرادة المنفردة، فعلى الرغم من عدم كفاية هذه الوسائل فإن الفقهاء يسلمون بوجود مسؤولية المعبر عن إرادته إذا عدل عن تعبيره، بعد أن ولد ثقة مشروعة، أو إذا كان هذا العدول خطأ كما في حالة الإيجاب المقترن بمهلة يحددها الموجب أو يحددها العرف[1].

ثم إن هذا الاتجاه يعتبر أعدل الاتجاهات حيث لا يجعلها المصدر الوحيد للالتزامات الإراديـة حتى يترتب عليه القضاء على العقد أو حذفه وإلغاؤه[2]، وذلك لأنه لا أحد ينكر ـ مهما تغالى في الدفاع عن قوة الإرادة المنفردة ـ أن أغلب صور التعامل تتم بالعقد، كما أنه يحتفظ بالنصيب الأكبر من التنظيمات التشريعية[3]، فحتى التشريع في ألمانيا ـ مهد نشوء الإرادة المنفردة ـ لم يجعلها مصدراً عاماً ـ كما سبق ـ ومن هنا فللعقد نطاقه الخاص، وهو الالتزامات التي تتم بالإرادتين، وتوضيح ذلك كالآتي:

أولاً: أنه لا بد من التفرقة بين نشأة الحق، واكتسابه، فنشأة الحق الخاص بالمريد تتم بإرادته وحدها، وأما اكتساب الحق فيلزم له قبول الدائن، وليس هناك حرج

---

(١) يراجع: د. جميل الشرقاوي، البطلان ص (٢٥)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/١٢٨٧)؛ ونظرية العقد ص (١٩٢) بند (١٨٥)؛ وبهجت بدوي، نظرية العقد بـند (٦٦) ص (١٠١).

(٢) د. السنهوري، العقد بند (١٨٥)؛ والوسيط (١/١٢٨٨).

(٣) د. جميل الشرقاوي، البطلان ص (٢٧).

في القول بنشأة الحق بلا رضاء الدائن ما دام هذا لا يلزمه بقبوله[1]. ومن المعلوم أنه لا أحد يقول بإلزامه إلا برضاه، إذن فنطاق الإرادة المنفردة هو الحق من حيث النشأة ونطاق العقد الحق من حيث الاكتساب.

ثانياً: إن تمييز نطاق العقد عن نطاق الإرادة المنفردة لا يظهر إلا إذا تبين لنا أن العقد هو غير الإرادتين، وهذا التمييز يمكن الوصول إليه من وجهين:

الوجه الأول أن العقد كائن قانوني ينتج من امتزاج الإرادات الداخلة في تكوينه مع ملاحظة السبب والمحل ـ عند الفقه التقليدي ـ امتزاجاً يتكون منه شيء مستقل عن كل إرادة في حد ذاتها[2]، فعلى هذا يكون العقد ـ بهذا الاعتبار ـ مصدراً مستقلاً للالتزام، وإن كان كل واحد من أجزائه مصدراً مستقلاً أيضاً للالتزام، فكل واحد من المصدرين له اتجاهه الخاص ونطاقه الخاص، فالعقد ذاتية جديدة يختلف عن الإرادات الداخلة في تكوينه[3]، كما يظهر ذلك في تفرقة الفقه التقليدي بين التصرف المركب، والعقد حيث يقول (هوريو): «هناك في التصرف المركب ظواهر رضاء ما دامت هذه التصرفات المتتالية هي قرارات ولكن ليس هناك امتزاج ذاتي للتراضي. . . ، فليس هناك توافق في الرضاء يهدف إلى تصرف ذاتي»[4]. وقد شرح د. يحيى هذا الرأي قائلاً: «العقد تصرف قانوني واحد، لأن الإرادتين تلتقيان وتتوافقان وتذوبان في كيان قانوني واحد»[5]. فعلى هذا فالعقد باعتباره هذا الامتزاج والارتباط غير الإرادة التي هي جزء منه، وهذا الاختلاف يكفي فيه تصوره الفقهي حتى وإن لم يكن اختلافاً ملموساً مادياً.

الوجه الثاني أن للارتباط الحاصل من العقد وظيفة أساسية تختلف عن وظيفة

---

(١) الأستاذ الشرقاوي، المصدر السابق ص (٢١).

(٢) ولا يبعد أن يخرج عن عدة أشياء متحدة شيء مستقل يختلف عن كل واحد منها على حده، فمثلاً الخبر المتواتر يفيد العلم القطعي مع أنه مؤلف من عدة أخبار لا يفيد كل واحد منها بذاته القطع، بل يفيد الظن، والبناء يتكون من عدة أجزاء وله خاصية مستقلة، مع أن كل جزء من جزئياتها لها خاصية أخرى.

(٣) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٣٠).

(٤) هوريو، طبعة ثانية سنة ١٩١٦ ص (١٦٣)، المشار إليه في د. جميل الشرقاوي، البطلان ص (٣١).

(٥) د. يحيى، القانون الدستوري (٢/٣٧٨)، ويراجع د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٣١).

الإرادة المنفردة، وهي تحقيق لزوم الأثر الناشىء عن التصرف القانوني الذي يراد به الدخول في رابطة تعاقدية، فإذا كان لمن عبر عن إرادته الحق عن العدول عنها فإن هذا الحق يسقط عنذ الارتباط فلا يبقى للملتزم الحق بعد تمام الارتباط والتوافق الحق في إلغائها فلا يجوز له أن يعود إلى الآثار التي رتبها على نفسه بإرادته أن يلغيها بإصدار إرادة لاحقة للرجوع في تصرفه الأول، كما أن الإرادة لا تكون ملزمة حينما تكون جزءاً من العقد إلا إذا اتصلت بها إرادة الآخر في حين أن الإرادة في التصرفات التي تتم بإرادة واحدة تكون ملزمة بمجرد صدور التعبير عنها(١).

والذي نختاره لتوجيه ذلك هو أن مصدر الالتزامات الإرادية هو الإرادة مطلقاً أي سواء كانت منفردة، أو مزدوجة ومتعددة فتكون الإرادة أعم من العقد، فيقسم مطلق الإرادة إلى نوعين هما: إرادة منفردة مستقلة، وإرادتان مرتبطتان ارتباطاً بحيث تذوبان، لتنصهرا في بوتقة واحدة وهو ما يسمى بالعقد، فيخصص نطاق الأولى بالتصرفات التي تتم بإرادة واحدة دون حاجتها إلى ضم إرادة أخرى كالوعد بالجائزة ونحوه ويخصص العقد بما يحتاج إلى إرادتين مرتبطتين، وهذا التوجيه الأخير يبين بوضوح نطاق كل منهما، كما أن تعريف كل منهما بتعريف محدد يزيد في توضيح نطاق كل منهما ونرى أن التعريف المختار للإرادة المنفردة هو: «القصد الذي إذ عبر عنه أنشأ الأثر القانوني بوحده، أي دون الحاجة إلى ضم شيء آخر إليه مطلقاً، في حين أن العقد هو الارتباط الحاصل من تلاقي إرادتين، فهو يتكون من إرادتين مرتبطتين، لا من إرادتين منفردتين، وذلك لأن المراد بالمنفردة أي المستقلة في إنشاء الأثر، فإذا احتاجت إلى إرادة أخرى لم تكن مستقلة، فعلى هذا يخرج عن نطاق الإرادة المنفردة الإيجاب بوحده، إذ أنه وإن كان إرادة لكنه ليس إرادة منفردة، وكذلك القبول، وذلك لأن طبيعة الإرادة التي تكون أحد ركني العقد لا تقتضي الإلزام ولا إنشاء الأثر وحدها فمن قال: بعتك الكتاب بدينار لم يترتب عليه نقل ملكية الكتاب إلى الشخص الآخر حتى بالنسبة للبائع لأنها في الحقيقة إرادة معلقة على قبول الآخر، لأن نقل ملكية الكتاب إلى الغير لا يتم من البائع وحده بل يحتاج إلى رضا المشتري، لأنه لا يستطيع أحد أن يملك آخر إلا برضاه فيكون تقدير الجملة كأنه قال بعتك إن قبلت، إذن فما هي القيمة العملية للقول بكون الإيجاب ملزماً ما دام لا يستطيع أن يرتب الأثر بوحده وحتى لو كان ملزماً يستطيع الموجب أن يلغيه بإرادة أخرى، إذ ليست الإرادة الأولى أقوى من الثانية، إلا إذا انضمت إلى الأولى إرادة الطرف الآخر فحينئذ يتحقق المعلق عليها ويتم الارتباط،

(١) د. أبو العافية، رسالته، الخاتمة؛ ود. جميل الشرقاوي؛ البطلان ص (٤١).

وبالتالي الالتزام وسواء قلنا بالنظرية الألمانية من أن المدين قد أوجد إرادته المنفردة لكنه ينحل عنه في أي وقت شاء ما دامت لم يولد ثقة مشروعة أو بالنظرية الفرنسية القاضية بأن إرادة المدين ما دامت لم تلتق بها لم يترتب عليها أي أثر. . . فإن الفرق العملي ليس كثيراً[1]، ولذلك فالراجح حتى لا يحدث خلط بين نطاق سلطان الإرادة المنفردة، وسلطان العقد هو أن الإيجاب يترتب عليه التزام معلق محتاج في تحقيقه إلى إرادة القابل، وكذلك القبول فهو التزام معلق عليه فكل منهما جزء لشيء يكمله الجزء الآخر لتكوين الالتزام، أما الإرادة في نطاق الأمور التي ترجع إلى شخص واحد فهي مستقلة، وهذه هي ما نسميها بالإرادة المنفردة ولهذا إذا صدرت من صاحبها فليس له الحق في إلغائها حتى من وعد بجائزة للجمهور ـ أي غير معين ـ فقد التزم، وليس له الحق في إلغائه بإرادة أخرى، لأنها ليست معلقة على قبول الآخر، وكذلك الوقف على المؤسسات الخيرية، وبهذا تبين لنا نطاق كل منهما.

وأما أهم التطبيقات الإرادة المنفردة في القانون المدني المصري الحالي الذي يأخذ بها استثناء[2] فتكمن في الحالات الآتية:

١ ـ الإيجاب الملزم الذي أخذ به القانون الألماني كواحد من أهم تطبيقات الإرادة المنفردة[3]، فقد نصت المادة (٩٣) من القانون المدني المصري الحالي على أنه: «١ ـ إذا عين ميعاد القبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

---

(١) يراجع في توضيح هذا الفرق: ديموج (جـ٢/ بند ١٩)؛ ودكتور السنهوري، الوسيط (١٢٨٧/١)؛ ود. محمد نصر الدين زغلول، المصدر السابق ص (٢٣٨ ـ ٢٣٩)؛ والمصادر السابقة.

(٢) سبق أن ذكرنا أن المشروع التمهيدي للقانون المصري في مادته (٢٢٨) قد جعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزامات على غرار المشروع الفرنسي الإيطالي في مادته (٦٠)، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٦/٢): «جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام محتذياً في ذلك مثال المشروع الفرنسي الإيطالي. . .» لكن المادة (٢٢٨) السابقة قد حذفت في لجنة المراجعة، وبذلك رجعت بها عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة.

يراجع تفصيل ذلك: د. السنهوري الوسيط (١٢٩٢/١). وقارن د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (٤٠٨/١).

(٣) شيفاليه، مقالته السابقة في مجلة الاقتصاد ص (٢٢).

٢ ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة».

فالإيجاب إذا لم يحدد له مدة لم يقل بإلزامه القانون المصري القديم، ولا القانون الحالي، وإنما إذا اقترن بأجل يلزم الموجب البقاء على إيجابه طوال المدة المحددة في كلا القانونين غير أنهما يختلفان في التكيف والأساس الذي يستمد منه هذه القوة، فالقانون القديم بنى قوله هذا على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بأن لا يعدل عن إيجابه المدة المحددة، ويكون القبول حينئذ ضمنياً بسكوت الموجب له، لأن هذا الأجل في مصلحته[1]، في حين أن القضاء كان يكيفه في الغالب على أساس المسؤولية التقصيرية وناصره في ذلك الفقه[2]. وأما القانون الحالي فبنى إلزامه على أساس الإرادة المنفردة المقررة طبقاً للنص السابق.

وقد أشارت هذه المادة إلى أن اقتران الأجل بالإيجاب قد يكون صريحاً بأن يذكر الموجب مدة محددة لإيجابه، أو ضمنياً بأن يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة مثل ما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة، فقصدُ الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة واضحٌ وعند النزاع يترك الأمر للقاضي[3]، وكذلك الأمر إذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد الموجب ميعاداً للقبول، فإنه يبقى ملتزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد، وله أن يفرض تأخير وصوله[4] وهكذا.

ويميل الفقه الفرنسي إلى الأخذ بهذا الحل حيث يسلم بأن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه ما دام قد اقترن بأجل، غير أنه ثار الخلاف في الأساس القانوني لهذا الإلزام، ويكاد الرأي الذي بدأ يتغلب يأخذ بأن مصدره الإرادة المنفردة[5]، في حين ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن مصدر ذلك العقد نفسه حيث إن من صدر منه الإيجاب قد عرض أيضاً أن يلتزم بعدم العدول عن إيجابه مدة معينة وعلم الطرف الآخر بذلك، وسكوته يعد قبولاً، لأن العرض لمصلحته[6]. غير أننا لو سرنا على ضوء الأساس الذي ذكرناه لخرجت هذه الحالة عن نطاق الإرادة المنفردة، وتكون داخلة في

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٠٨)، وقد ذكر عدة قضايا بهذا الخصوص.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٠٨ ـ ٢٠٩)؛ ونظرية العقد ص (٢٤٤ ـ ٢٢٦).

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/٣٧).

(٤) د. السنهوري، الوسيط (١/٢١٠ بند ١٠٤).

(٥) ديموج في الالتزامات (١/١٨)؛ وكولان وكابيتان (٢/٢٧١).

(٦) بلانيول وريبير وأسمان (١/١٤٣، ١٨٧)؛ ود. السنهوري، الموجز ص (٥٣ ـ ٥٤).

نطاق الإرادة المطلقة، وذلك لأن الإيجاب ـ مهما كان ـ لا يعتبر إرادة تنشىء الأثر وحدها وإنما يحتاج في ذلك إلى قبول الآخر سواء كان قبولاً صريحاً أو ضمنياً، كما أنه لا تدخل في نطاق العقد، لأن الإيجاب الملزم له إلزاميته حتى قبل أن يستخلص القبول من سكوته، بل إن بعض الأمثلة له لا يمكن تحقق السكوت المطلوب منه، ففي حالة مالك الآلة التي عرضها بشرط التجربة، ويأخذها الدائن للتجربة لا يقال: إن سكوته قبول، بل ولا بدؤه بالتجربة قبول وإنما ينبثق القبول بعد إجراء التجربة ثم سكوته، فقبل استخلاص القبول، أو التصريح به لا يبقى أساس للإلزام على أساس العقد البتة، مع أن الإيجاب ما دام قد اقترن بأجل صريح أو ضمني ملزم منذ نطقه به إلى أن يرفضه الطرف الآخر ولهذا فالأساس لهذه القوة هو الإرادة ـ كما قلنا ـ ومن هذا المنطلق أن الإيجاب ملزم مطلقاً لكنه للموجب الحق في أن يلغيه بإرادة أخرى غير أنه إذا حدده بمدة معينة فمعنى ذلك ألغى بنفسه الحق في أن يلغيه بإرادة أخرى طوال بقاء المدة.

٢ ـ المؤسسات، حيث تنص المادة (٧٠ ـ ١ م م) على أنه «يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو وصية» وهي تنشأ بالإرادة المنفردة غير أن هذه المادة ونحوها قد ألغيت بقانون رقم (٣٨٤) لسنة ١٩٥٦ الذي ألغى بدوره بقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٤ الذي عدل أيضاً بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٢ حيث نظم هذا القانون الأخير الخاص بأحكام وقواعد الجمعيات والمؤسسات الخاصة»[1].

٣ ـ الوعد بالجائزة الموجه إلى الجمهور، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٢ م م) بقولها: «

١ ـ من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة إن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة، أو دون علم بها.

٢ ـ وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع فهو وعد بإعلان للجمهور، وعلى ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور».

فقد فرقت هذه المادة بين حالتين حالة يحدد فيها الوادع وعده بمدة، وأخرى لا يحدد فيها مدة محددة، ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها دون أن يكون له أن يعدل عن وعده بل يكون ملزماً به خلال المدة المحددة، غير أنه إذا انقضت هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب يتحلل الواعد من وعده حتى ولو

(١) أنور العمروسي، المصدر السابق (١/١٥٦).

أنجز هذا العمل فيما بعد، أما الحالة الثانية فالواعد ملتزم فيها بوعده، غير أن له الحق في العدول عنه وفقاً للأوضاع التي صدر بها بأن يحصل العدول علناً عن طريق النشر في الصحف، أو اللصق مثلاً[1].

ثم إن الفترة التي تقع بين إعلان الوعد، وبين الرجوع عنه لا تخلو الحال فيها عن أحد الفروض الآتية:

أ ـ أنه لم يبدأ بتنفيذ الوعد المطلوب فيكون الواعد قد تحلل نهائياً من نتائج وعده.

ب ـ أنه قد بدىء في تنفيذه لكن لم يبلغ مرحلة الإتمام، فيلتزم الواعد بأن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أنفقه لكن بشرط أن لا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها، ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون غير أن هذه المسؤولية تسقط في حالتين: حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد، وحالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدىء في تنفيذه قد تم، إذ تنعدم في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل النفقات، ورجوع الواعد في وعده وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد العدول[2].

هذا ويتبين من نص المادة السابقة أن أركان الوعد بالجائزة أربعة وهي:

١ ـ صدور إرادة باتة من الواعد.

٣ ـ وأن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علني كالصحف أو المنشورات أو نحو ذلك.

٢ ـ وأن يوجه الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين، أو أشخاص معينين.

٤ ـ وأن يتضمن الإرادة أمرين على الأقل هما: جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها، وشيء معين يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة[3]، فإذا اجتمعت هذه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني (٢/٣٣٩).

(٢) المرجع السابق (٢/٣٣٩ ـ ٣٤٠).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/١٣٠٢)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٤١٣..)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٤٦٣)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٤٣٧).

الأركان الأربعة قام التزام الواعد وترتب عليه حكمه، ويكون الواعد ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة في ثلاث حالات هي:

١ ـ إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل خلال هذه المدة.

٢ ـ إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل.

٣ ـ إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع.

ففي الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة، وفي الحالة الثالثة يسقط التزامه إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة السابقة[١].

وأما القانون العراقي فقد حذا حذو التشريعات الحديثة كالتشريعين الألماني والمصري في هذا الخصوص حيث اعتد بها مصدراً للالتزام لكن في حالات خاصة نص عليها القانون، فقد عالج أحكامها في فصل مخصص[٢] جاء بعد الفصل الخاص بالعقد ولكنه مع ذلك لم يجعلها مصدراً مستقلاً عاماً للالتزام[٣]، فقد خصص لها مادتين هما (١٨٤، ١٨٥) فنص في المادة (١٨٤) على أنه:

١ ـ «لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك[٤].

٢ـ ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام». ثم خصص المادة (١٨٥ م. ع) لأهم تطبيقاتها وهو الجعالة، أو الوعد بالجائزة، إذ تقول:

---

(١) المصادر السابقة، وهذه المدة الأخيرة التي تضمنتها الفقرة الثانية من المادة (١٦٢ م م) هي مدة إسقاط، لا مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع.

انظر: د. السنهوري، الوسيط (١/١٣٠٦).

(٢) انظر: القانون المدني، طبعة وزارة العدلية في ١٩٥١، حيث ذكر: الفصل الثاني: الإرادة المنفردة.

(٣) ومن هنا عاب عليه البعض من حيث التبويب. انظر: د. الحكيم، المصدر الساق (١/٣٩١).

(٤) وقد ذكر في المذكرة التوضيحية لهذه المادة أن أحد أعضاء لجنة التدوين رأى أن ترد هذه الفقرة في صيغة الإيجاب لا بصيغة النفي بأن يقال: «تلزم الإرادة المنفردة صاحبها في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك» فرد عليه رئيسها: بأن صيغة النفي مقصودة أنها لا تنشىء التزاماً فإذا انشأته كان هذا هو الاستثناء».

يراجع: سلمان بيات، القضاء المدني العراقي ص (١/٢٣٨).

«١ ـ من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى ولو قام به دون نظر إلى وعد.

٢ ـ وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على ألا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد.

٣ ـ وتسقط دعوى المطالبة بالجعل إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول»[١].

والأحوال المرادة في الفقرة الأولى من المادة (١٨٤) هي ما يأتي:

١ ـ الإيجاب الملزم حيث نصت المادة (٨٤ م ع) على أنه «إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد».

٢ ـ إنشاء المؤسسات، وهي نظام استحدثه القانون المدني العراقي ليحل محل نظام الوقف، وهي عبارة عن شخص معنوي ينشأ بتخصيص مال مدة غير محددة لعمل إنساني، أو ديني، أو علمي أو فني، أو رياضي، وهي تنشأ بإرادة منفردة يصدرها صاحبها لينشأ عنها أثرها، ثم يلتزم بها المنشىء أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد من المال الذي خصصه لها[٢].

٣ ـ تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٠٨ م. ع) على ذلك بقولها: «وعليه أن يذكر في نفس الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المسجلة إلى القدر الذي قوم به العقار، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة» فعلى ضوء هذا النص أن الحائز للعقار المرهون رهناً تأمينياً يلتزم بإرادته المنفردة بإيفاء الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار وذلك بمجرد إظهار رغبته في تحرير العقار بتوجيهه إلى الدائنين إعلانات تشتمل على البيانات التي ذكرتها الفقرة الثالثة من المادة (١٣٠٨ م. ع)[٣].

---

(١) يراجع في شرح هاتين المادتين: د. الحكيم، المصدر السابق (١/٣٩٢ ـ ٣٩٩)؛ ود. غني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/٤٠٧)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، المصدر السابق (١/١٨٨). ويراجع أحكام القضاء المدني العراقي بهذا الخصوص، جمع سلمان بيات (١/٨٤، ٢٣٨).

(٢) يراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (١/٣٩٢)؛ ود. غني حسون، المصدر السابق (٤٠٧١).

(٣) يراجع تفصيل ذلك في المصادر السابقة أنفسها.

٤ ـ الوعد بالجائزة، والذي نصت على أحكامه المادة (١٨٥ م.ع) السابقة، والتفصيل الذي ذكرناه في القانون المدني المصري لا يختلف عنه ـ عموماً ـ ما ذكره الفقه العراقي[١]، ولذلك لا داعي لتكراره مرة أخرى.

وأما القانون الإنجليزي فهو ـ كما قلنا أكثر من مرة ـ لا يعتد بالنظريات العامة، وإنما هو قائم على السوابق القضائية، ولذلك لا توجد فيه نظرية عامة للالتزام حتى يبحث عن مصادره، كما هو المعهود في القوانين ذات الصبغة اللاتينية، فلا يوجد في القانون الإنجليزي الإيجاب الملزم حتى ولو كان مقروناً بأجل. يقول ولسون: «يجوز لمقدم العرض أن يسحب عرضه في أي وقت قبل قبوله، وبشرط أن يصل هذا الإلغاء إلى علم صاحب العرض...»[٢]. وفي قضية (Dickinson V. Dodds)[٣] التي تتلخص وقائعها في أن المدعي عليه (Dodds) قد عرض بيع منزل للمدعي نظير مبلغ ٨٠٠ جنيه استرليني، وبين له أن العرض قائم لفترة ولكن المدعي عليه باع المنزل لشخص آخر قبل انقضاء الأجل الذي حدده لسريان العرض ولم يكلف نفسه عبء إخطار المدعي، وسمع هذا الأخير بالبيع من أحد معارفه، ومع ذلك تقدم إلى المدعي عليه وأخطره بقبول عرضه خلال المهلة المحددة، غير أنه رد قبوله بحجة أنه قد تم البيع بينه وبين آخر، فعرض الأمر على القضاء فنصت محكمة الاستئناف برفض الإقرار بفعالية القبول، وأقرت عدم وجود العقد بينهما، وكيفت ذلك بأن المدعي عليه حينما باع منزله لآخر فهذا يعني أنه قد سحب عرضه ضمنياً، ثم إن المدعي قد علم بذلك ثم تقدم بقبوله، وجاء من حيثيات القضية ما قاله القاضي (James): «من الطبيعي أن المرء يلتزم بالإخطار في حالة التغيير الذي يطرأ على العرض وفي تلك القضية ثابت أن المدعي علم أن (Dodds) المدعي عليه لم يعد راغباً في بيع المنزل إليه وبصورة واضحة تماماً، كما لو كان قد قال له: «إنني أسحب العرض»[٤].

وهذه القضية تدل بوضوح على أن مقدم العرض (الموجب) له الحق في الرجوع

---

(١) المصادر السابقة جميعها.

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (٣٧). ونفس المعنى عند شيتي، بند (٨٣، ٨٤، ٨٥).

(٣) قضية سنة (١٨٧٦) رقم:

((1876) 2 Ch. D. 463).

(٤) حيثيات القضية السابقة ص (٤٧٢) وهناك قضية أخرى في نفس المعنى وهي قضية:

(Covrt Wright V. Heegstaep (1911) 105 L. T. 628).

وراجع ولسون، المصدر السابق، (٣٧ ـ ٣٨) وقضايا في قانون العقد، ط. لندن ١٩٧٢ ص (٥).

عن عرضه حتى ولو كان قد حدد له أجلاً، أو أنه لم يوصل خبر سحبه إلى الطرف الثاني[1]، وهذا بعكس التشريعات الحديثة التي جعلوا الإيجاب حينئذ ملزماً لا يجوز العدول عنه ما دامت المدة باقية.

غير أنه يوجد بعض تطبيقات قضائية تذكر في نطاق العرض والقبول في القانون الإنجليزي لكنها هي تطبيقات للإرادة المنفردة في التشريعات الأخرى مثل الوعد بالجائزة لكن التكييف فيها يختلف في كل من التشريعين، يقول (ترايتل): «إن الإعلان عن جوائز مقابل أشياء مفقودة أو مسروقة تعتبر أيضاً من قبيل الدعوة للتعاقد، لأنها منشورة بقصد الارتباط، ولا تتطلب المزيد من المساومة، وينطبق الشيء ذاته على الإعلانات الأخرى للعقود المنفردة»[2]. ولذلك يذكر الفقه الإنجليزي الوعد بالجائزة للجمهور، أو لشخص معين دون تفرقة تذكر بينهما باعتبار أن كليهما عقد، فالوعد لشخص معين أو لغيره يسميه بالعقد من جانب واحد[3] ولا يقصد به أن يكون له طرف واحد، لأن العقد لا يتم إلا بشخصين، لكن يقصد به أن يكون هناك طرف واحد ملتزم، مثل السند الإذني، والكمبيالة، والتعهد بدفع مكافأة لمن يعثر على أشياء مفقودة أو نحو ذلك[4]. يقول ولسون: «في العقود من جانب واحد مثل عقود التعويض يشكل الأداء المنصوص عليه بالعقد قبولاً للعطاء، ومنطقياً يجوز سحب العرض في أي وقت شاء قبل الارتباط، فمدمن التدخين الذي يعرض عليه خمسة جنيهات إذا امتنع عن التدخين لمدة شهر لا يقبل هذا العرض، أو يكمل التزامه إلا إذا انقضى شهر على امتناعه»[5].

---

(١) فكان من أقوال القاضي (James) في القضية السابقة أنه «لكي ينشأ العقد لا بد من توافر الرضاء لدى كلا الطرفين وفي نفس اللحظة، أي يكون هناك عرض سار حتى لحظة القبول فإذا لم يكن العرض مستمراً إذن فإن القبول والرضاء من طرف واحد لا يقابله عرض، وربما هناك التزام على أحد الأطراف أن يخطر الطرف الآخر بما يدور في ذهنه، أو أن مقدم العرض قد عدل عن رأيه..». فهذه الأقوال تشير إلى أن التزام مقدم العرض الذي حدد بعرضه مدة محددة يترتب عليه مسؤولية وأما العقد فلا بد أن يكون العرض باقياً.

(٢) (G.H. Treitel)، قانون العقد، ط. لندن ١٩٧٩ ص (١٠).

(٣) ولسون، المصدر السابق (٣٨)؛ وترايتل: المصدر السابق ص (١٠)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٨ بند ١٢).

(٤) شيتي، المصدر السابق ص (٨ بند ١٢).

(٥) ولسون، المصدر السابق ص (٢٨). وفي هذا الخصوص قضية:
(Offord V. Devies (1862) 12 C.B. (N.S) 748 at P. 753).

وقد اقترح الفقه الإنجليزي اقتراحين لتفادي الصعوبات بهذا الخصوص أحدهما معاملة العرض المذكور باعتباره ذا شقين الشق الأول: عرض صريح للدفع عن اكتمال الالتزام، والشق الثاني: عبارة عن عرض ضمني في أن يظل العرض مفتوحاً إذا ما شرع الملتزم في الأداء وفي هذه الحالة إذا جرى الرجوع في عرض صريح فإن المتقدم بعرض سوف يكون من حقه التعويض على أساس وجود عقد ضمني[1].

الاقتراح الثاني ـ وهو اقتراح الفقيه الإنجليزي المعروف بولوك ـ[2] هو أن المبدأ في التصرف المطلوب ينبغي أن ينظر إليه باعتباره قبولاً للعرض، بينما اكتماله يجعل العقد واجب التنفيذ، وهذا الاقتراح قد تبنته لجنة مراجعة القانون الإنجليزي في تقريرها المؤقت السادس (سنة ١٩٣٧)[3].

يقول ولسون: «وكلا الاقتراحين يحولان دون الرجوع في العرض إذا ما شرع في الأداء، وهما استثناءان واردان على القواعد العادية المستقرة للعرض والقبول، وبالإضافة إلى ذلك يجوز أن تكون هذه الافتراضات أن نعالجها من منطلق أن المعروض عليه ما كان ليبدأ في تنفيذ فعل مطلوب منه بدون التزام باستكماله، ولذلك يبدو أنه ليس هناك ثمة ما يدعو إلى إدخال تعديلات على قواعد العرض والقبول لمجرد إلزام أحد أطراف العقد»[4].

والخلاصة ـ كما يقول شيتي ـ أن الوعد يجوز العدول عنه ما دام الطرف الآخر لم يبدأ بالعمل، لأن قبول العرض يكتمل بالأداء[5].

وأما الوعد بشيء للجمهور فهو غير ملزم أيضاً إلى أن يقبله واحد أو أكثر بناء على أن الالتزام الإرادي لا يتم في القضاء الإنجليزي إلا بالعرض، والقبول، والمقابل أو التسجيل[6]. يقول شيتي: «إن العرض يجوز تقديمه للجمهور كافة، ولكن لن ينشأ العقد حتى يقبله شخص محدد بذاته، أو أشخاص، ومن أمثلة العروض العامة الإعلان

(١) المصدر السابق ص (٣٨)، ويراجع: شيتي، المصدر السابق ص (٤٦) بند (٨٨).

(٢) سير فردريك بولوك، العقود، الطبعة الثانية عشرة بلندن ص (١٩).

(٣) يراجع هذا التقرير ولا سيما ص (٢٣، ٢٤، ٣١).

(٤) ولسون، المصدر السابق ص (٣٩).

(٥) شيتي، المصدر السابق بند (٨٨).

(٦) شيتي، المصدر السابق ص (٢، ٤٦).

الموجه للجمهور بمنح مكافأة لمن يفعل شيئاً معيناً، وينشأ العقد إذا قبل الشخص المعين أن يفعل الشيء المعلن عنه، وطبعاً مثل هذا العرض لا يتضمن مقابلاً، ولذلك لا ينشأ العقد حتى يتم التنفيذ»[1]. وقد ميز الفقه بين العروض العامة القابلة للتنفيذ من أكثر من شخص واحد والعروض التي يقصد بها أن ينفذها شخص واحد بمفرده، ـ أي بمرة واحدة ـ فمن أمثلة الثاني الإعلان عن مكافأة لمن يعثر على شيء مفقود أو من يتقدم بمعلومات فقد قضت المحكمة أن من يرد الشيء المفقود يستحق المكافأة المعلن عنها، وهذا يراعي فيه أن المكافأة تدفع لمرة واحدة فحسب[2].

أما المسألة الأولى فهي بتكرر الجائزة يتحقق المطلوب، ففي قضية[3] تتلخص وقائعها في أن الشركة المدعي عليها كانت قد نشرت إعلاناً في الصحف: أنها تدفع مائة جنيه استرليني لأي شخص يصاب بالأنفلونزا بعد استخدام دواء كانت هي تقوم بصنعه، ومع اتباع الإرشادات المرفقة بالمستحضر، وأنها قد أودعت أحد المصارف ألف جنيه لزيادة التوثيق والجدية، ثم حدث أن رفعت المدعية دعوى ضد الشركة تطالبها بالمبلغ المذكور، لأنها اتبعت الإرشادات، ومع ذلك أصابتها الأنفلونزا التي اجتاحت بريطانيا، وأصدرت المحكمة حكماً لصالحها على الشركة بدفع مائة جنيه، فرفضت الشركة إعطاءها بحجة أن العرض لا يكون للناس كافة، فلم تقبل المحكمة هذا الدفع، وميز قاضيها اللورد (Bewen) بين العرض العام الممكن والعقد غير الممكن إذا كان أطرافه الناس كافة قائلاً: «مع أن العرض يقدم للناس كافة فإن العقد يعقد عادة مع عدد محدود من الناس الذين يقبلون شروط التعاقد ومع نيتهم السليمة في الإعلان»[4].

ثم إن القضاء والفقه الإنجليزي اشترط في استحقاق العامل الجائزة أن يكون قد قام بالعمل بناء على علمه بالعرض يقول شيتي: «في حالة تأدية العمل أو الخدمة

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٢٨ بند ٥٧).

(٢) انظر قضية:

(Lancaster V. Walsh (1838) 4 M. V.W. 16).

(٣) هي قضية:

(Carli 11 V. Carbelic Smoke Ball (893) 1 Q.B. 256, 268).

(٤) من حيثيات القضية السابقة. وراجع شيتي، المصدر السابق ص (٢٨) بند (٥٧)؛ والمصادر السابقة.

التـي تستوفي شروط العرض ولكن من أدى العمل أو الخدمة لم يكن مدركاً بوجود العرض، هل يستطيع أن يطالب بدفع ما جاء بالعرض عندما تصل حقيقة العرض إلى علمه؟ يبدو من المقبول القول بأنه لا يستطيع»[1]، وهذا ما عليه الفقه[2] وغالب القضاء باستثناء قضيتين ـ على حد قول شيتي ـ جاء الرد فيهما على الاستفسار بالإيجاب، أي أوجبتا التعويض على الرغم من جهل من أدى العمل أو الخدمة بوجود العرض ففي إحداهما[3] اعتمدت المحكمة على حجية الصيغة التي كانت تحت نظرها، وفي الثانية[4] قضت المحكمة الجزئية أن ضابط البوليس يستحق المكافأة المعلن عنها حتى ولو كان قد أدى بالمعلومات المطلوبة قبل الإعلان بعرض المكافأة، يقول شيتي: «ومع الأسف لم يرد بالقرار حيثيات، ونظر النقاد إلى هذا الحكم باعتاره غير مرض»[5]، وبالمقابل فهناك عدة قضايا تؤيد القاعدة العامة في عدم نشأة التعاقد بينهما من أوضحها قضية أمريكية[6] في نيويـورك سنة ١٨٦٨ حكمت فيها المحكمـة بضرورة العلم بالعرض، لأنه في حالة عدم العلم يكون القبول بدون عرض، فلا يتم العقد[7].

ومن هنا يختلف القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي عن القانون الألماني والمصري والعراقي في اشتراط علم العامل بالوعد أثناء عمله، ويعود الفرق في ذلك إلى الخلاف في التكييف في كلتا المجموعتين فبينما لا يخرج الوعد بالجائزة في القانون الإنجلو أمريكي عن العرض (الإيجاب) الذي يحتاج إلى القبول ولا يلزم إلا به، فيكيف على ضوء قواعد العقد، اتجه الفقه الحديث والتشريعات الحديثة إلى تكييف ذلك على ضوء الإرادة المنفردة.

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٢٩) بند (٥٩).

(٢) بولوك (Pollock)، مبادىء العقد ص (١٦)؛ و(Cheshire and Feet) في كتابيهما، قانون العقد، الطبعة الخامسة ص (٤٣)؛ و(Anson)، كتابه بعنوان مبادىء العقد في القانون الإنجليزي، الطبعة الحادية والعشرين ص (٣٦ ـ ٣٧)؛ وغيرهم.

(٣) وهي قضية:

(Neville V. Kelly (1862) 12 C. B. (N.S) 740).

(٤) (Gibbon V. Proctor (1891) 64 L.T. 594).

(٥) شيتي، المصدر السابق بند (٥٩).

(٦) وهي قضية:

(Fitch V. Snedaker (1868) 38 N.Y.Z 48).

(٧) شيتي، المصدر السابق ص (٢٩ بند ٥٩).

المطلب الثاني
مدى قدرة الرضا المزدوج على إنشاء الأثر

نقصد بذلك التقاء رضا شخص مع رضا الآخر - أي التراضي - فهما حينما يتجهان نحو إحداث الأثر الشرعي فيلتقيان يتكون منهما العقد، فرضاء كل واحد منهما هو القصد الباطني، وهذا القصد لا يمكن أن يلتقي مع قصد الآخر إلاَّ من خلال التعبير والدليل، وهو اللفظ والفعل - كما سبق - وذلك لأنَّه لا يمكن لأحد الاطلاع على القصد الباطني حتى يلتقي به رضاه إذن فالبحث عن قدرة التراضي يكون من خلال وسائل التعبير عنه لا غير، فكلما كان المجال مفسوحاً أمام هذه الوسائل بشكل واسع ودون التقيد بشيء شكلي كلما كان مجال التراضي رحباً، وسلطانه واسعاً، وقدرته كثيرة، ونحن في هذا المطلب لم نعقد العزم على إثارة كل جزئية، ولا البحث عن العموميات، وإنما نريد توضيح مدى هذه القدرة من خلال المدارس الفقهية، والقانونية، بقدر ما يتعلق بموضوعنا، فيكون كلامنا فيه موزعاً على فرعين:

الفرع الأول
مدى قدرة الرضا المزدوج على إنشاء الأثر في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ رضاءَيْ الطرفين المتعاقدين إذا التقيا وتوفرت الشروط المطلوبة ترتب عليهما الأثر بوضع الشارع وأصبح كل واحد منهما ملتزماً بما يعود إليه من الآثار، وذلك لأنَّ الأدلة الشرعية على وجوب الوفاء بالعقود كثيرة منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وأَوْفُوا بالعَهْدِ إنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْؤُلًا﴾[2] وقوله تعالى: ﴿وإذَا قُلْتُم فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾[3] فقد جاء في طلب الوفاء في هذه الآيات بصيغة الأمر وهي حقيقة في الوجوب، كما أنَّ الله تعالى وصف المؤمنين بأنَّهم لا ينقضون العهد والميثاق، وأنَّ الوفاء بالعهد من الصفات الموجبة لرضاء الله تعالى[4]، في حين وصف المنافقين والكافرين بنقض العهود والميثاق[5]، مما يدل بوضوح على وجوب الوفاء بما التزم به الإنسان ما لم يكن

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

(٤) مثل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ هُمْ لأَمَانَـاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُـوْنَ﴾ (سورة المؤمنـون/٨)، (وسورة المعارج /٣٢).

(٥) مثل قوله تعالى في بيان أحوال الأشقياء: ﴿وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّه مِنْ بَعْدِ مِيْثَاقِهِ﴾ (سورة =

إثماً، وعلى أنَّ عدم الالتزام حرام يترتب عليه مسئولية.

فلا خلاف بين الفقهاء[1] أيضاً في أنَّ توافق الإرادتين وارتباطهما يتم به العقد دون الحاجة إلى اتخاذ شكلٍ معين وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكونَ تِجَارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم﴾[2]، كما أكَّدت على ذلك الأحاديث السابقة، غير أنَّ الخلاف قد ثار بينهم فيما يمكن أن يكون دليلاً على الرضا هل هو جميع الوسائل المتاحة للتعبير؟ أم أنَّ بعضها فقط ـ دون الآخر نظراً لنوع من الغموض فيها ـ لا يصلح دون بعض؟ ويمكن إرجاع هذا الخلاف إلى اتجاهين اتجاه يعتد بكل ما يعتبر دليلاً سواء كان لفظاً صريحاً، أو كناية، أو إعطاء وتعاطياً، أو إشارة أو كتابة، أو حتى سكوتاً في بعض الظروف، فالمعيار عند هذا الاتجاه هو فهم المقصود من التعبير، ووضوح الدلالة على إنشاء الأثر بحيث يفهمه المخاطب ولا يلتبس عليه ـ كما سبق ـ وعلى رأس هذا الاتجاه المالكية وابن تيمية وابن القيم[3].

والاتجاه الثاني هو أنَّه يعتد ببعض الأدلة دون بعض، فيعتد باللفظ دون الفعل، أو يعتد ببعض الألفاظ دون بعضها، أو يعتد بالفعل في الأمور الخسيسة دون النفيسة، أو يعتد بالإشارة للأخرس دون غيره، وهذا هو رأي الجمهور، وهم في هذا الخصوص ليسوا على سنن واحد، بل هم درجات يقف الظاهرية في أعلى سلم التضييق ـ كما سبق تفصيل كل ذلك[4] فلا حاجة لتكراره ـ وقد ظهر لنا من خلال الأدلة المعتبرة أنَّ الراجح هو الاتجاه الأول، وأنَّ المناط هو كون التعبير دالاً على المقصود بحيث يفهمه المقابل دون لبس أو غموض سواء كان بواسطة التعبير نفسه، أو من خلال الظروف والقرائن التي تحيط به، وأن الحاكم على ذلك هو العرف، وذلك لأنَّ الله تعالى قيد

= الرعد/٢٥)، وقوله تعالى: ﴿إنَّ شرَّ الدَّوآبِّ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ. الَّذِينَ عَاهَدْتَ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ﴾ (سورة الأنفال/٥٥، ٥٦).

(١) فتح القدير (٣٤٤/٢، ٧٤/٥)؛ وبدائع الصنائع (٢٩٩٠/٦)؛ وفتح العزيز (٩٧/٨)؛ والمجموع (١٦٢/٩)؛ والروضة (٣٣٩/٣)؛ والعناية القصوى (٤٥٧/١)؛ والمغني لابن قدامة (٥٦١/٣)؛ والمحلى لابن حزم (٢٩٤/٩)؛ والمختصر النافع للحلي ص (١٤٤)؛ والروض النضير (٤٢٦/٣).

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) يراجع تفصيل ذلك في الفصل الأول من هذا الباب.

(٤) انظر: الفصل الأول من هذا الباب.

حل أموال الناس بالرضا، فأينما تحقق وبأي طريق ظهر فقد تحقق المقصود.

هذا وإن الرضا المزدوج (التراضي) تتكون عناصره من ثلاثة أمور هي رضاءان، والارتباط بينهما، فما يدل على الرضا الصادر أولاً يسمى بالإيجاب، وما يعبر عن الرضا الصادر ثانياً يسمى بالقبول، إذن ينحصر نطاق بحثنا في البحث عن هذه الأمور الثلاثة بالقدر الذي يتعلق بموضوعنا على الضوء الآتي:

١ ـ الإيجاب: هو التعبير الصادر أولاً والدال على إنشاء الأثر[١]، وقد ذكر الفقهاء له شروطاً تكثر أو تقل حسب وجهة نظر كل فريق إلى دليل الرضا، فمنهم من اشترط كونه باللفظ دون الفعل كبعض الشافعية والظاهرية، واشترط بعضهم كونه بلفظ الخبر دون الإنشاء، وبصيغة الماضي دون المضارع وإلى غير ذلك من الخلافات التي ثارت حول أدلة الرضا ـ كما سبق[٢]. ثمَّ إنَّ الإيجاب لا بدَّ أن يكون موجهاً إلى شخص سواء كان معيناً أم غير معين لأنَّه لا يكون هو التعبير الأول إلَّا إذا كان فيه احتمال وجود تعبير ثانٍ مقابل، لكنه هل يشترط أن يكون الإيجاب متضمناً بالفعل التوجيه إلى مخاطب؟

هـذا ما ثار فيه الخلاف فذهب الشافعية إلى اشتراط ذلك، قال الأسنوي معلقاً على صيغ الإيجاب عند الشافعية كبعتك: «أشار بكاف الخطاب في بعتك وملكتك إلى أنَّ إسناد البيع إلى المخاطب لا بدَّ منه ولو كان نائباً عن غيره، وهو كذلك حتى لو لم يسنده إلى آخر كما يقع في كثير من الأوقات أن يقول المشتري: بِعْتَ هذا بعشرة مثلاً فيقول البائع: بعتُ، أو أسنده إلى غيره كما لو قال: بعت موكلكَ فقبل فإنَّه لا يصح بخلاف النكاح فإنَّه يصح بذلك، بل لا يصح إلَّا به ـ أي بذكر موكله ـ . . . »[٣].

غير أنَّ الشافعية لم يشترطوا توجيه الإيجاب إلى مخاطب حينما يقوم متوسط بالبيع والشراء بين العاقدين قال النووي: «إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع: بعت بكذا، فقال: نعم أو بعت، وقال للمشتري: تشتريه بكذا. فقال: نعم، أو اشتريت فوجهان حكاهما الرافعي أصحهما عند الرافعي وغيره الانعقاد لوجود الصيغة والتراضي. والثاني: لا ينعقد، لعدم تخاطبهما، وبهذا قطع المتولي»[٤].

---

(١) سبق تعريفه في ص (١٢٦) من هذه الرسالة.

(٢) ينظر الفصل الأول من هذه الرسالة.

(٣) حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج (١٥٢/٢).

(٤) المجموع (١٧٠/٩). ويراجع: حاشية عميرة على شرح المحلي (١٥٢/٢).

وأمَّا الحنفية فقد اشترطوا المخاطبة في أحدهما ـ أي الإيجاب، أو القبول ـ، قال ابن الهمام: «ولو قال: بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال: اشتريت، ولم يقل: «منك» صح، وكذا على العكس»[1]. كما أنَّ الحنفية قالوا: لو تقدم لفظ المشتري ـ مثلاً ـ فقال: اشتريت فقال البائع: هو لك تمَّ العقد[2]. جاء في فتاوى البزازية: «ولو بدأ المشتري وقال: اشتريت. فقال البائع: هو لك يتم»[3]، وكذلك لو قال: رضيت هذا بدرهم، فقال بعتكه، أو قال: اشتريته بدرهم، فقال: رضيت صح العقد[4].

وظاهر عبارات كتب الحنابلة أنَّهم يشترطون في الإيجاب أن يشتمل على المخاطبة حيث ذكروا الإيجاب مع كاف الخطاب في حين لم يذكروه مع القبول.

وأما المالكية فلم يشترطوا المخاطبة حيث ذكروا أمثلة الإيجاب بدون كاف الخطاب فقد مثل العلامة الخرشي، والصاوي أمثلة الإيجاب بـ: «بعت»[6] قال العلامة الدسوقي: «وأما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال: من أتاني بعشرة فهي له فأتاه رجل بذلك: إن سمع كلامه، أو بلغه فالبيع لازم وليس للبائع منعه وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء له ذكره في نوازل البرزلي، ومثله في المعيار»[7]، غير أنَّ هذه المسألة تعتبر من الإيجاب الموجه للجمهور.

والذي يظهر لي رجحانه هو عدم اشتراط تضمن الإيجاب الخطاب، بل كل ما يشترط هو أن يكون المقابل معلوماً ولو في الجملة. سواء كان واحداً أو أكثر، وسواء كان معيناً أو غير معين، وبعبارة أخرى أن يكون الإيجاب جدياً، يريد به الموجب إنشاء الأثر وكونه أحد ركني العقد المطلوب فحينئذٍ لا بدَّ أن يكون المقابل معلوماً أو يكون

---

(١) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٥/٢٨٨): «ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعدما صدر الإيجاب بالخطاب».

(٢) فتح القدير (٥/٧٧).

(٣) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/٣٦٣).

(٤) الهداية مع فتح القدير (٥/٧٦).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٣/٥٦١): «فالإيجاب أن يقول: بعتك، أو ملكتك، أو لفظ يدل عليهما. والقبول: أن يقول: اشتريت، أو قبلت...». ومثل في الإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٠)؛ وكشاف القناع (٣/١٤٨)؛ والروض المربع (٤/٣٢٨).

(٦) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٥)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٣).

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤).

موجهاً للجمهور سواء كان التعاقد بين حاضرين أو بين الغائبين، وأنَّ الأمر في ذلك يعود إلى أعراف الناس وعاداتهم، ولذلك أجاز كثير من الفقهاء عقد الفضولي مع أنَّ الإيجاب لم يوجه إليه[1]، فمن قال في نفسه: بعت هذا الشيء ولم يسمعه أحد، فلا عبرة بإيجابه.

وقد يثور التساؤل حول مدى حق الموجب في الرجوع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول؟.

فالجمهور قد أعطوه هذا الحق مطلقاً في العقود المالية مثل البيع والإيجار ونحوهما، والمالكية منعوه من الرجوع ما دام إيجابه بصفة الماضي، أو كان الأمر يتعلق بالتبرعات، كما أنَّ الجمهور منعوه أيضاً من الرجوع في بعض العقود التي يكون مبناها ليس على المال مثل الطلاق على المال (أي الخلع على مال) والعتق عليه ونحو ذلك كما سبق[2].

ثمَّ إنَّ الإيجاب يبطل مفعوله إما بالإعراض عنه بأن يشتغل الموجب بشيء آخر بحيث يفهم منه الإعراض، أو يرجع عنه عند الجمهور ـ كما سبق ـ ويبطل بالإجماع إذا رفضه الطرف الثاني، أو أعرض عنه، وكذلك يبطل بانتهاء مجلس العقد، وعند هلاك المعقود عليه، أو تغيره وكذلك يبطل بموت الموجب، أو فقده الأهلية بالجنون ونحوه، عند الجمهور، وكذلك يسقط إذا فقد الطرف الثاني أهليته بالموت، أو بالجنون ونحوه خلافاً للأباضية، ورأى مرجوع داخل المذهب الشافعي حيث قالوا بأنَّ القبول يورث وأنَّ الـورثة يقومون مقامه في القبول، أو رفضه[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٩٩٣).

(٢) يراجع ص (١٠٤١) من هذه الرسالة.

(٣) يراجع الفصل الأول من هذا الباب.

(٤) يراجع في تفصيل هذه المسألة، وما فيها من خلاف في جزئياتها: بدائع الصنائع (٦/٢٩٩٠)؛ وحاشية ابن عابدين (٤/٥٢٧)؛ والفتاوى الهندية (٣/٧ـ٨)؛ والفتاوى الخانية (٢/١٧٢)؛ والبحر الرائق (٥٤/٢٩٣)؛ وفتح القدير (٥/٧٨)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٤...)؛ ومـواهب الجليل (٤/٢٤٠)؛ وشرح الخرشي (٥/٥)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٣)؛ والمجموع (٩/١٦٩)؛ والروضة ٣/٣٤٠؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/١٥٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٥٦٣)؛ والإنصاف (٤/٢٦٣)؛ والنيل (٢/١١)؛ والمحلي لابن حزم (٩/٢٩٥). ويراجع: د. السنهوري، مصادر الحق (٢/١٦...)؛ والسيد نشأت الدريني، رسالته السابقة ص (١٧١)؛ و د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، نظام المعاملات ص (٣٢٨)؛ و د. محمد سلام مدكور، المدخل ص (٥٢٥).

٢ ـ القبول هو التعبير الدال على إنشاء الأثر الواقع جواباً للتعبير الأول[١] ولا يخفى أنَّ الخلاف الحاصل في أدلة الرضا يعود إليه[٢]. كما أنَّه لا بدَّ أن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن يعتد بتعبيره بأن لا يكون المعبر فاقد الأهلية، أو ناقصها عند جماعة[٣].

٣ ـ الارتباط، وهو الاتصال القائم بين الإيجاب والقبول، وذلك يتحقق يكون الإيجاب قائماً لم يسقط إلى أن اتصل به القبول، وأن يكونا متوافقين، وأن يضمهما مجلس العقد، وأن يحصل العلم بمضمونهما لدى الطرفين، فهذه أربعة شروط نوجز فيها القول:

الشرط الأول: أن يكون الإيجاب قائماً أي بأن لا يكون قد عدل عنه الموجب، أو أعرض عنه عند الجمهور[٤]، أو انتهى مجلسه، لأنَّه إذا سقط الإيجاب فلا يتم الاتصال حتى ولو تم القبول، يقول النووي: «إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتَّى يوجد الشق الآخر، واشترط أيضاً بقاؤهما على أهلية العقد، فلو رجع عنه قبل وجود الشق الآخر، أو مات، أو جن، أو أغمي عليه بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعده لم يصح. . .، ولو قال للمشتري بعتك فمات المشتري قبل القبول بطل العقد، فلو كان وارثه حاضراً فقبل، أو جن فقبل وليه لم يصح البيع، وهذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب في كل الطرق، وحكى الروياني وجهاً أنَّه يصح قبول الوارث، وهذا شاذ باطل. . .»[٥]، غير أنَّ المالكية قالوا: ليس للموجب حق العدول ما دام مجلس العقد قائماً حتى لو رجع عنه لا يعتد برجوعه، وكذلك إذا حدد له مدَّة محددة يلتزم بهذه المدة، قال الحطاب المالكي: «والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنَّه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عمَّا كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع . . . ولا يشترط أن لا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية» وقال أيضاً: «والذي يأتي على المذهب أنَّ من أوجب البيع لصاحبه من

---

(١) يراجع أقوال الفقهاء في تعريفه: ص (١٢٦) من هذه الرسالة.

(٢) يراجع الفصل الأول من هذه الرسالة.

(٣) يراجع في التفصيل والخلاف ص (٢٦٣ . . .) من هذه الرسالة.

(٤) المصادر السابقة المذكورة في مسألة الإيجاب.

(٥) المجموع (١٦٩/٩).

المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك... ولو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعدُ بالقبول»[1].

الشرط الثاني: أن يكون الإيجاب والقبول متوافقين بأن يردا على محل واحد، وأوصاف واحدة، وإلاَّ لا يتحقق العقد والتراضي، فإذا كان القبول مخالفاً للإيجاب بأن كان الإيجاب قد ورد على محل معين، والقبول على غيره بأن يقول الموجب: بعتك هذا الثوب، فقال المشتري: قبلت ذاك القلم مثلاً لم يتم التوافق والتراضي، فلا يترتب عليهما الأثر، أو كان الإيجاب مقيداً بوصف، والقبول مقيداً بوصف آخر، أو كان الإيجاب وارداً على بعض، والقبول على الكل لم يتم الرضا المزدوج في كل هذه الأحوال[2]، قال الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قيل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق»[3]، لكنه ثار الخلاف فيما إذا كان الخلاف لمصلحة الموجب بأن قال البائع بعتك بألف فقال المشتري: قبلت بألف وخمسمائة، أو قال المشتري: اشتريت منزلك بألف فقال البائع: بعته لك بخمسمائة مثلاً فهل ينعقد التراضي والعقد مع هذه المخالفة؟

ذهب جماعة[4] إلى أنَّ ذلك لا يضر، بل يدل على الرضا بأبلغ وجه فإنَّ من

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠).

(٢) يراجع تفصيل ذلك في: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٠)؛ وفتح القدير (٥/ ٧٩ ـ ٨٢)؛ والبحر الرائق (٥/ ٢٨٨)؛ وبلغة السالك (٢/ ٢٤٣)؛ ومواهب الجليل (٤/ ٢٤٠)؛ والمجموع (٩/ ١٦٩)؛ والوجيز للغزالي (١/ ١٤٠)، والروضة (٣/ ٣٤٠)؛ والغاية القصوى (١/ ٤٧٥)؛ والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٥)؛ والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٩٥)؛ والنيل (٢/ ١١)؛ والمنتزع المختار (٣/ ٤). ويراجع: د. العدوي، المصدر السابق ص (١٣)؛ و د. محمد سلام مدكور، المدخل ص (٥١٥ ـ ٥١٧)؛ و د. السنهوري، مصادر الحق (٢/ ٤١).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٠).

(٤) منهم الحنفية. جاء في الفتاوى الهندية (٣/ ٧) «ولو قال الآخر: بعت منك عبدي هذا بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت بألفي درهم فالبيع جائز، فإن قبل الزيادة في المجلس فالبيع بألفي درهم، وإن لم يقبل صح بألف، ولو قال: اشتريت هذا العبد بألفين، فقال البائع بعت منك بألف جاز البيع بألف». ونحوه في الفتاوى الخانية (٢/ ١٢٧)، وحاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/ ١٩).

رضي أن يبيع منزله بألف فهو راضٍ بأكثر، وكذلك الأمر في المسألة الثانية، بل إن قبول القابل يتضمن عرضٍ الموجب وزيادة، فلا يكون هناك في الواقع ونفس الأمر مخالفة بل موافقة، غير أنَّ الفقهاء قالوا في مسألة الزيادة على ما يتضمنه الإيجاب يحتاج إلى قبول الموجب، لأنَّه تمليك ولا يدخل الشيء في ملك أحد إلَّا برضاه، وأما في مسألة الحط ـ كما في المسألة الثانية ـ فلا يتوقف على القبول، لأنَّه إسقاط، وهو كما سبق يتم بالإيجاب وحده، لكنه يرتد بالرد لما فيه معنى التمليك[1].

وذهب جماعة، منهم الشافعية في الراجح عندهم إلى عدم انعقاد العقد في مثل المسألتين السابقتين لوجود الاختلاف يقول النووي: «قال أصحابنا: يشترط موافقة القبول للإيجاب فلو قال: بعتك بألف صحاح فقال: قبلت بألف قراضة، أوعكسه، أوقال: بألف حال فقبل بمؤجل، أو عكسه، أو قال: بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين، أو نصف شهر، أو قال: بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار، أو عكسه أو قال: بعتكه بألف فقال: قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح بلا خلاف، لأنَّه لا يعد قبولاً. . .، وفي فتاوى القفال: أنَّه لو قال: بعتكه بألف درهم فقال: اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع. قال الرافعي: هذا غريب. وهو كما قال، والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة»[2].

والذي يظهر لنا رجحانه ترجيح رأي الجمهور القائلين بصحة العقد ما دامت المخالفة لصالح الموجب، وحاجة الزائد إلى رضا الموجب وإن كان رضا ضمنياً، وذلك، لأنَّ مبني العقد على التراضي، وهو قد تحقق بتعبيره عنه عن قصد واختيار، فالرضا متحقق من أبلغ الوجوه، والتوافق قد تمَّ بالنسبة للمبلغ المتفق عليه، وما زاد عليه فالموجب إما أن يقبله، أو يرده، لأنَّه لا يدخل شيء في ملك إنسان إلَّا برضاه، فلو رد الزيادة ارتدت دون أن يؤثر في العقد، فعلى هذا لا يكون المشتري ملتزماً بالزيادة إلَّا إذا قبلها الموجب في مجلس العقد.

الشرط الثالث: أن يضم الإيجاب والقبول مجلس العقد[3]، والمراد به الزمن

---

(١) يراجع: المصادر السابقة؛ والمصادر التي ذكرناها في الرضا المنفرد ص (١٢٥١) من هذه الرسالة.

(٢) المجموع (١٩٦/٩ ـ ١٧٠)؛ وراجع المنهاج مع شرح المحلى (١٥٥/٢).

(٣) يراجع في تفصيل ما يتعلق بمجلس العقد وخياره: بدائع الصنائع (٢٩٩٠/٦)؛ وفتح القدير (٧٨/٥)؛ والبحر الرائق (٢٨٨/٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٩١/٣)؛ وشرح الخرشي (١٠٩/٥)؛ وبلغة السالك (٤٣٦/٢)؛ ومواهب الجليل (٢٤٠/٤)؛ والمجموع (١٧٤/٩)؛ =

والمكان اللذان تتم فيهما عملية التعاقـد، ويبدأ مجلس العقـد من وقت صدور الإيجاب، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يظهر من أي واحد منهما إعراض، وينتهي بالتفرق بالبدن بأن يترك أحدهما، أو كلاهما المكان الذي تمَّ فيه الإيجاب، أو هو مع القبول عند جماعة[1] وينتهي أيضاً بإعراض أحدهما، أو كليهما عن التعاقد، وكذلك ينتهي بالتخيير بأن يقول أحدهما للآخر بعد الإيجاب والقبول: اختر، فإذا اختار فقد انتهى مجلس العقد عند جماعة[2].

وسبب مشروعيته الأدلة التي نذكرها عند أدلة القائلين بها، وأما العلة الفنية الفقهية له فهي أنَّ الإيجاب كلام وهو عرض ينتهي بانتهاء آخر حرف منه، فإذا كان التلافي مشروطاً يكون من الصعب جداً أن يلتقي به قبول الآخر، إذ عادة لا يبدأ إلَّا بعد انتهاء الأول، ومن هنا اعتبر المجلس الذي تمَّ فيه التعاقد مكاناً حصل فيه التلافي، وانصهر فيه الرضاءان، واعتبر امتداده امتداداً لعملية التعاقد، فتتهيأ للمتعاقدين فرصة التروي والتفكر، ومن جهة ثانية لم يسمح لهما أو لأحدهما أن يتراخى إلى حد الإضرار بالموجب مدة طويلة دون الرد على إيجابه فوجب إذن تحديد حد معقول وهو مجلس التعاقد دون حصول إعراض من أحدهما فيه، قال الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد، وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثمَّ قبل لا ينعقد لأنَّ القيـاس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس. . .، إلَّا أنَّ اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة»[3].

= والروضة (٤٣٢/٣)؛ والغاية القصوى (٤٧٥/١)؛ والمغني لابن قدامة (٥٦٣/٣)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٢٨)؛ والمحلى لابن حزم (٢٩٥/٩)؛ والروض النضير (٥١٣/٣)؛ والبحر الزخار (٣٤٥/٤)؛ والمختصر النافع للحلي الإمامي ص (١٤٥).

(١) وهم الشافعية، والحنابلة. انظر: الروضة (٤٣٧/٣)؛ والمغني لابن قدامة (٥٦٣/٣).

(٢) وهم الشافعية، والحنابلة في رواية. قال النووي في الروضة (٤٣٧/٣): «إنَّ كل عقد ثبت فيه الخيار فإنَّه ينقطع بالتخاير. . . فهو أن يقولا: تخايرنا، أو اخترنا إمضاء العقد، أو أمضيناه، أو أجزناه، أو ألزمناه، وما أشبهها، فلو قال أحدهما: اخترت إمضاءه انقطع خياره، وبقي خيار الآخر. . .». وراجع: المغني لابن قدامة (٥٦٧/٣).

(٣) بدائع الصنائع (٢٩٩٢/٦).

ويقول البابرتي في جواب من يقول: لم يبطل الإيجاب عقب خلوه عن القبول؟، ولم لا يتوقف على ما وراء المجلس؟: «وتقرير الجواب أنَّ في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعاً، والمجلس جامع للمتفرقات... فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر»[1].

ثمَّ إذا كان المجلس جامع المتفرقات فهل يشترط الفورية في القبول؟.

ذهب الجمهور: الحنفية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4] إلى عدم اشتراط ذلك، وأنَّ من وجه إليه الإيجاب له الحق في القبول ما دام المجلس قائماً ولم يظهر من الموجب ما يدل على الإعراض عنه، وقد سبق أنَّ المالكية قالوا إنَّ الإيجاب لا يبطل بالإعراض عنه إلَّا إذا انتهى المجلس[5].

وذهب الشافعية إلى اشتراط الفورية، ولكنه مع ذلك لا يضر الفصل اليسير قال النووي: «يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لا يتخللهما كلام أجنبي عن العقد، فإن طال، أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا عن المجلس أم لا....»[6].

والسبب في الخلاف هو ملاحظة مصلحتي الموجب والقابل فمصلحة الموجب تقتضي أن لا يكون إيجابه معلقاً إلَّا بقدر أن يتمكن القابل من الرد، وأمَّا مصلحة المشتري فتقتضي أن تعطى له الفرصة الكافية للتروي والتدبر، فقيد الجمهور المدة بمجلس التعاقد، في حين أنَّ الشافعية اشترطوا الفورية حتى يتم الاتصال والتلاقي،

---

(١) شرح العناية على الهداية المطبوع بهامش فتح القدير (٥/٧٨).

(٢) فتح القدير (٥/٧٨)؛ والبحر الرائق (٥/٢٩٣)؛ ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/٤)؛ والفتاوى الهندية (٣/٨)؛ ومجمع الأنهر (٢/٦)؛ وبدائع الصنائع (٦/٢٩٩٢)؛ والفتاوى البزازية (٤/٣٦٥).

(٣) بلغة السالك (٢/٣٤٣)؛ وبداية المجتهد (٢/١٧٠)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٤)؛ وشرح الخرشي (٥/٧).

(٤) الإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٣)؛ وشرح زاد المستقنع مع حاشيته الروض المربع (٤/٣٢٩).

(٥) الروضة (٣/٣٤٠)؛ والمجموع (٩/١٦٩)؛ وفتح العزيز (٨/١٠٤)؛ وشرح المحلي على المنهاج (٢/١٥٤).

(٦) الروضة (٣/٣٤٠) والمصادر السابقة.

لأنَّ الضرورة هي التي اقتضت جواز تأخير القبول عن الإيجاب، لأنَّ القياس يقتضي أن يكونا مقارنين حتى يتصلا ويتلاقيا، لكن الضرورة أدَّت إلى جواز التأخير، ولا يخفى أنَّ الضرورة تقدر بقدرها.

ومن الجدير بالذكر أنَّ الخلاف قليل الجدوى على نطاق العمل والنتيجة حيث إنَّ الشافعية قد عوضوا هذه الفورية بإعطاء حق الخيار للمتعاقدين بعد اتصال القبول بالإيجاب ما دام مجلس التعاقد باقياً.

والذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور القاضي بإعطاء فرصة أطول للمشتري، إذ أنَّ الرجوع بعد القبول وإن كان جائزاً لكنه ليس من السهل تداركه أدبياً واجتماعياً والتقييد بمجلس التعاقد هو أعدل الأمور.

ثمَّ إنَّه لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ من وجه الإيجاب إليه بالخيار في أن يقبله، أو يرفضه ما دام المجلس قائماً، فإذا انتهى المجلس ولم يقبله أو قام من المجلس فقد بطل الإيجاب بالاتفاق[1]، وأما الموجب قبل القبول فهو أيضاً بالخيار في أن يسحب إيجابه ويلغيه بإرادة أخرى خلافاً للمالكية ـ كما سبق ـ لكنهم اتفقوا جميعاً في أنَّ اللزوم يتم إذا تمَّ الإيجاب والقبول بشروطهما، وانتهى مجلس التعاقد[2]، أما إذا تلاقيا لكن المجلس لم ينته بعد، فهل تم اللزوم بمجرد تلاقيهما، أم يبقى للمجلس أثر؟ وبعبارة أخرى: هل يبقى للمتعاقدين، أو لأحدهما الخيار، والحق في رفض التعاقد ما دام المجلس باقياً؟.

هذا ما ثار فيه خلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية[3] والمالكية[4] إلى أنَّ العقد قد لزم باتصال القبول بالإيجاب، فلا يبقى بعد ذلك أي حق للتخاير إلَّا إذا اشترط

(١) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/١٧٠): «ولا خلاف فيما أحسب أنَّ الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس، أعني أنَّه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا أو كذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا، ثمَّ أتى بعد ذلك فقال: قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع». ومثله قال ابن هبيرة في الإفصاح ص (٣٢٠).

(٢) المصادر السابقة. وذكر الاتفاق على ذلك ابن هبيرة في الإفصاح (٣٢٠) وغيره.

(٣) فتح القدير (٥/٨١)؛ والفتاوى الهندية (٣/٨)؛ ورمز الحقائق (٣/٣)؛ ومجمع الأنهر (٢/٧).

(٤) بداية المجتهد (٢/١٧٠)؛ وشرح الخرشي (٥/١٠٩)؛ والفواكه الدواني (٢/١٢٤)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٩١).

أحدهما أو كلاهما خيار الشرط بأن يشترط لنفسه حق الخيار لمدة معينة. وحكى هذا عن عمر بن الخطاب وربيعة والنخعي[1].

وذهب الشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] والإمامية[5] والزيدية[6] إلى أنَّ العاقدين بالخيار ما دام مجلس العقد قائماً. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وأبو هريرة وأبو برزة الأسلمي الصحابي، وهو مذهب ابن المسيب وطاووس وعطاء وشريح والحسن البصري والشعبي والزهري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور وأبي عبيد، وبه قال سفيان بن عيينة وابن المبارك وابن المديني وسائر المحدثين[7].

وهذا الخيار في العقود اللازمة الواقعة على العين، وأمَّا العقود غير اللازمة فليس فيها خيار المجلس، وكذلك العقود الواردة على المنفعة كالنكاح[8]، والإجارة في وجه عند الشافعية، قال النووي: «قال أصحابنا العقود ضربان:

أحدهما: العقود الجائزة إما من الطرفين كالشركة، والوكالة، والوديعة والعارية، والدين، والقراض، والجعالة، وإما من أحدهما كالضمان والرهن، والكتابة فلا خيار فيها كلها، لأنَّه متمكن من الفسخ متى شاء، وفي وجه ضعيف يثبت الخيار في الكتابة، والضمان. . .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (١٧٥/٢)؛ وأحكام القرآن لابن العربي (٤٠٩/١)؛ وفتح القدير (٨/٥)؛ والمجموع للنووي (١٨٤/٩)؛ والمغني لابن قدامة (٥٦٣/٣).

(٢) الأم للشافعي (٣/٣)؛ والوجيز للغزالي (١٤١/١)؛ وفتح العزيز (٢١١/٨)؛ والمجموع (١٨٤/٩)؛ والروضة (٤٣٣/٣)؛ والغاية القصوى (٤٧٥/١)؛ وشرح المحلي على المنهاج (١٨٩/٢).

(٣) المغني لابن قدامة (٥٦٣/٣)؛ والإنصاف (٣٦٣/٤)؛ والروض المربع (٤١٣/٤)؛ والعدة شرح العمدة ص (٢٢٨).

(٤) المحلى لابن حزم (٢٩٥/٩).

(٥) المختصر النافع للحلي ص (١٤٥).

(٦) الروض النضير (٥١٣/٣)؛ والبحر الزخار (٣٤٥/٤).

(٧) المجموع (١٨٤/٩)؛ والمغني لابن قدامة (٥٦٣/٣).

(٨) قال ابن هبيرة في الإفصاح ص (٣٢٠): «واتفقوا على أنَّ خيار المجلس لا يثبت في العقود التي هي غير لازمة، كالشركة والوكالة، والمضاربة. . ولا في العقود اللازمة التي لا يقصد منها العوض كالنكاح، والخلع، والكتابة».

الضرب الثاني: العقود اللازمة، وهي نوعان واردة على العين، وواردة على المنفعة، والأول كالبيع والصرف. . . والتولية، والتشريك وصلح المعاوضة فيثبت فيها كلها خيار المجلس، ويستثني منها صور، إحداها: إذا باع ماله لولده ـ على وجه ـ. . . الرابعة: في ثبوت الخيار في شراء الجمد (الثلج) في شدَّة الحر وجهان. . . والنوع الثاني: العقد الوارد على المنفعة فمنه النكاح ولا خيار فيه. . . أمَّا الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعاً كالسلم (وكذلك الإجارة على العين) وأما المساقاة ففي ثبوت خيار المجلس فيها طريقان أصحهما: فيه الخلاف السابق. . . وأما المسابقة فكالإجارة. . .»[1].

الأدلة والمناقشة والترجيح:

استدل الحنفية والمالكية على دعواهم بالكتاب والأثر والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[2] وجه الاستدلال بهذه الآية أنَّ الله تعالى قيد حلَّ أموال الناس بتحقق التراضي فقط دون التقيد بشيء آخر، وذلك يتحقق بتحقق الإيجاب والقبول، قال الجصاص في بيان وجه الاستدلال بهذه الآية: «قوله تعالى. . . يقتضي جواز الأكل بوقوع البيع عن تراض قبل الافتراق، إذ كانت التجارة إنما هي الإيجاب والقبول في عقد البيع وليس التفرق والاجتماع من التجارة في شيء، ولا يسمى ذلك تجارة في شرع ولا لغة، فإذا كان الله قد أباح أكل ما اشترى بعد وقوع التجارة عن تراض فمانع ذلك بإيجاب الخيار خارج عن ظاهر الآية مخصص لها بغير دلالة»[3]، ويقول ابن

---

(١) المجموع (٩/١٧٥ ـ ١٧٨)؛ والروضة (٣/٤٣٢). وقد ذكر الحنابلة أيضاً أنَّ خيار المجلس يثبت في البيع، والإجارة على الصحيح من المذهب، وفي الصرف، والسلم على الأصح، والمساقاة على رواية، قال العلامة المرداوي في الإنصاف (٤/٣٦٦-٣٦٨): «وشمل قوله: ولا يثبت في سائر العقود ـ غير ما استثناه ـ مسائل: منها: الهبة. . . على المذهب. . . ومنها القسمة على الصحيح. . . ومنها الأخذ بالشفعة فلا خيار فيها على الصحيح من المذهب. . . ومنها سائر العقود اللازمة ـ غير ما تقدم ـ كالنكاح، والوقف، والخلع، والإبراء، والعتق على مال، والرهن، والضمان. . . ومنها جميع العقود الجائزة كالجعالة، والشركة، والوكالة، والمضاربة، والعارية، والوديعة، والوصية قبل الموت ونحو ذلك فلا يثبت فيها خيار المجلس». ويراجع: شرح زاد المستقنع مع حاشيته الروض المربع (٤/٤١٣ ـ ٤٢٠).

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/١٧٥).

العربي: «. . . إنما يدل مطلق الآية على التجارة على الرضا وذلك ينقضي بالعقد، وينقطع بالتواجب، وبقاء التخاير في المجلس لا تشهد له الآية لا نطقاً ولا تنبيهاً»[1].

ويمكن أن نناقش وجه الاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلم أنَّ التراضي الوارد في الآية هو مجرد اتصال الإيجاب بالقبول، بل هو قد ورد نكرة، فيطلق على الفرد الكامل من أفراد ماهيته، وذلك يتحقق بأن يكون التراضي كاملاً وهو لا يتحقق إلاَّ بإعطاء خيار المجلس للعاقدين أو أن يتخايرا حتى يتسنى لهما التروي والتدبر، ولهذا اختار الطبري أن يكون تأويل الآية: إلاَّ تجارة تعاقدتموها وافترقتم بأبدانكم عن تراض منكم فيها[2].

الوجه الثاني: سلمنا لكم بأنَّ التراضي هو الإيجاب والقبول فقط وأنَّ الآية مطلقة لكن وردت بتقييدها وتخصيصها السنة فتقيد بما وردت به، فقد ثبت خيار المجلس بأحاديث صحيحة ثابتة لا يمكن لأحد إنكارها[3]. ومن المعلوم أنَّه ليس كل ما اتُّفق عليه الرضاءان يُحل، فهناك أشياء دلَّت السنة على أنَّها لا تحل مطلقاً يقول الإمام الشافعي: «ونهى رسول الله عن بيوع تراضى بها المتبايعان فحرمت، مثل الذهب بالذهب إلاَّ مثلاً بمثل»[4]

وقد استدلوا أيضاً بآيات أخرى مثل قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[5] قال الجصاص: «فألزم كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه، وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه فيلزمه الوفاء به، وفي إثبات الخيار نفي للزوم الوفاء به، وذلك خلاف مقتضى الآية، ويدل عليه أيضاً قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّ فَاكْتُبُوهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَها بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ

---

(1) أحكام القرآن لابن العربي (١/٤٠٩).

(2) تفسير الطبري، بتحقيق الشيخ شاكر (٨/٢٢٢).

(3) المغني لابن قدامة (٣/٥٦٣).

(4) الرسالة ص (١٧٣)، ويقول في موضع آخر منها ص (٢٣٢): «وذكرت له قول الله تعالى: ﴿وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الربا﴾ (سورة البقرة/ ٢٧٥)، وقوله تعالى: ﴿. . . لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (سورة النساء/ ٢٩) ثمَّ حرم رسول الله بيوعاً منها الدنانير بالدراهم إلى أجل، وغيرها، فحرمها المسلمون بتحريم رسول الله فليس هذا، ولا غيره خلافاً لكتاب الله».

(5) سورة المائدة: الآية ١.

عَلَيْكُم جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1]. . .، فأمر بالكتاب عند عقده المداينة، وأمر بالكتابة بالعدل، وأمر بالذي عليه الدين بالإملاء، وفي ذلك دليل على أنَّ عقده المداينة قد أثبت الدين عليه. . . فلو لم يكن عقد المداينة موجباً للحق عليه قبل الافتراق لما قال: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الحقُّ. . .﴾ ولما وعظه بعدم البخس وهو لا شيء عليه، لأنَّ ثبوت الخيار له يمنع ثبوت الدين للبائع في ذمته، وفي إيجاب الله تعالى الحق عليه بعقد المداينة في قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ﴾ دليل على نفي الخيار، وإيجاب البتات»[2]. ويقول ابن العربي: «وكل آية وردت في ذكر البيع والشراء، والمداينة، والمعاملة إنما هي مطلقة لا ذكر للمجلس فيها، ولا لافتراق الأبدان فيها، كقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فإذا عقد ولم يبرم لم يكن وفاء، وإذا عقد ورجع عن عقده لم يكن بين الكلام والسكوت فرق، بل السكوت خير منه، لأنَّه تعبٌ. . . وإذا عقد رجل بعد ذلك كان كلامه تعباً ولغواً، وما الإنسان لولا اللسان، وقد أخبر بلسانه عن عقده ورضاه، فأي شيء بقي بعد هذا؟. . .»[3].

ويمكن أن نناقش ما سبق بأن كل ما سبق لو سلم لا يدل على عدم ثبوت خيار المجلس، فقد دلَّت على تخصيص هذه الآيات وتقييدها الأحاديث الثابتة، والسنة المشرفة قادرة على ذلك كما تشهد على ذلك كثير من التطبيقات المتفق عليها عند الجميع[4]

وأما الأثر فهو ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنَّه قال: «البيع صفقة، أو خيار»[5]

ويمكن الجواب عنه بأنَّه لم يصل لنا هذا الأثر الموقوف عن طريق صحيح، قال

(1) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(2) أحكـام القرآن للجصاص (١٧٦/٢).

(3) الأحكام لابن العربي (٤٠٩/١ ـ ٤١٠).

(4) يراجع الرسالة للشافعي ص (١٧٣)، (٢٣٢).

(5) ذكره الشافعي في الأم (٧/٣ـ٨)، وحكم عليه بأنَّه لم يثبت. وذكره ابن حزم في المحلى (٣١٦/٩ ـ ٣١٧)، عن طريق الحجاج بن أرطاة عن محمد بن خالد بن الزبير عن شيخ من كنانة أنَّ عمر قال «البيع عن صفقة، أو خيار». ثمَّ قال: «ليس شيء منها يصح، لأنَّها مرسلات، أو من طريق الحجاج بن أرطاة، وهو هالك، عن شيخ من كنانة وما أدراك ما شيخ من بني كنانة».

الشافعي: «فليس بثابت عن عمر، وقد رويتم عن عمر مثل قولنا»[1]. ولو سلم فلا يمكن أن يعارض الحديث الصحيح المرفوع، ثمَّ إنَّه لا تعارض بينه وبين خيار المجلس، إذ الشائع في إطلاق الخيار ولا سيما إذا قوبل بالصفقة هو خيار الشرط فمعنى الأثر أنَّ البيع إما صفقة ليس فيها خيار الشرط أو صفقة فيها ذلك، بل قد نفى ابن حزم أن يكون هناك أي أثر صحيح من الصحابة والتابعين في عدم القول بخيار المجلس[2]. ويقول ابن رشد: «فالذي اعتمد عليه مالك... ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنَّه قال: «أيما بَيِّعَيْن تبايعا فالقول قول البائع، أو يترادان» فكأنَّه حمل هذا على عمومه، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس...» ثمَّ قال في رد هذا الحديث: «وهذا الحديث منقطع، ولا يعارض به الأول... ولم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب»[3]، وكذلك قال غيره[4].

وأما المعقول فهو ما عبر عنه المرغيناني بقوله: «ولنا أن الفسخ إبطال حق للغير فلا يجوز»[5]. وتوضيح ذلك أنَّ القبول إذا اتصل بالإيجاب فلا يجوز للقابل أن يرجع لأنَّ رجوعه يؤثر على إرادة الموجب حيث يلغي إيجابه، وكذلك العكس. كما أنَّهم ـ ثانياً ـ قد قاسوا البيع على النكاح حيث ليس فيه خيار المجلس ويلزم بمجرد اتصال القبول بالإيجاب حتى عند الشافعية ومن معهم ـ كما سبق ـ قال ابن الهمام: «وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال كل منهما عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضاء، فكذا البيع»[6].

ويمكن أن نناقش هذين الدليلين العقليين، وذلك بأنَّ الدليل الأول مصادرة ودليل

(١) الأم (٣/٧ ـ ٨). وقال: «زعم أبو يوسف عن مطرف عن الشعبي أنَّ عمر قال: «البيع عن صفقة أو خيار»... قلت ـ أي الشافعي ـ: «وحديثك الذي رويت عن عمر غلط ومجهول، أو منقطع، فهو جامع لجميع ما ترد به الأحاديث». ولذلك حكم عليه ابن حزم في المحلى (٩/٣١٦)، بأنه واه وهالك. ويقول ابن قدامة في المغني (٩/٥٦٣): «إنَّه قد روى عنه ـ أي عن عمر ـ أبو إسحاق الجوزجاني مثل مذهبنا، ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي ﷺ فلا حجة في قول أحد مع قول النبي ﷺ وقد كان عمر إذا بلغه قول النبي ﷺ رجع عن قوله، فكيف يعارض قوله بقوله؟ على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة، وقد خالف ابنه، وأبو برزة، وغيرهما».

(٢) يراجع المحلى لابن حزم (٩/٢٩٢ ـ ٣٢٠).

(٣) بداية المجتهد (٢/١٧١)؛ ويراجع المدونة (١٠/٢٠).

(٤) الأم (٣/٨).

(٥) الهداية مع فتح القدير (٥/٨١).

(٦) فتح القدير (٥/٨٢). وراجع: بداية المجتهد (٢/١٧١).

في محل النزاع فالجمهور يقولون بأن حق أحد العاقدين لا يتعلق بالآخر تعلقاً لازماً إلاَّ بانتهاء المجلس أو التخاير، إذن فلم يحصل تحقق حق لازم حتى يتم الإلغاء، وإنما كان الحق معلقاً لحين الانتهاء أو التخاير.

وأما الدليل الثاني فغير مسلم، لأنَّه قياس مع الفارق حيث إنَّ النكاح لا يقع غالباً إلاَّ بعد روية ونظر فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأنَّ في ثبوت الخيار مضرة لما يلزم من رد المرأة[1]. ولو سلم فهو قياس مع وجود النص، والنص على هذا ثابت لا ينكره أحد، ولهذا اعترض ابن رشد ـ وهو من المالكية ـ على هذا القياس قائلاً: «فلم يبق لكم ـ أي أصحاب المالك ـ في مقابلة الحديث إلاَّ القياس فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على السماع، وذلك مذهب مهجور عند المالكية»[2].

واستدل الجمهور بأدلة كثيرة يعتبر الاعتماد فيها على السنة الواردة بهذا الخصوص هو الأساس، وهي ما ورد بأسانيد مرفوعة ثابتة عن كثير من الصحابة منهم ابن عمر، وحكيم بن حزام، وسمرة بن جندب، وأبو برزة، فقد روى الشيخان وأصحاب السنن الأربعة، وغيرهم بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلاَّ بيع الخيار»[3]. وفي لفظ للشيخين عنه أنَّه قال ﷺ: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، فإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع»[4].

فهذا الحديث قد ورد بعدة روايات صحيحة ثابتة لم ينكر صحته أحد حتى من المخالفين، كما أنَّه صريح في إثبات خيار المجلس، قال الشافعي: «فما علمنا أنَّ

---

(1) قال ابن قدامة (٣/٥٦٤): «لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حرمتها بالرد، وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط، ولا خيار الرؤية».

(2) بداية المجتهد (٢/١٧١).

(3) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٢٨)؛ ومسلم، كتاب البيوع (٣/١١٦٣ ـ ١١٦٤) وسنن أبي داود مع العون (٩/٣٢٢)؛ والترمذي مع التحفة (٤/٤٤٨)؛ والنسائي (٧/٢١٧)؛ وابن ماجه (٢/٧٣٦)؛ والموطأ لمالك ص (٤١٦)؛ والدارمي (٢/١٦٦)؛ ومسند أحمد (١/٥٦، ٢/٤، ٩)؛ والرسالة للشافعي ص (٣١٣)؛ ويراجع نصب الراية (٤/٣...).

(4) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٢٨)؛ ومسلم (٣/١١٦٣).

رسول الله ﷺ سن سنة في البيع أثبت من قوله: «المتبايعان بالخيار»، فإنَّ ابن عمر وأبا برزة وحكيم بن حزام وعبدالله بن عمر بـن العاص يَرْوُونه، ولم يعارضهم أحد بحرف يخالفه عن رسول الله ﷺ»[1]. ويقول ابن قدامة: «وهو صريح في حكم المسألة، وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده، قال الشافعي رحمه الله، لا أدري هل اتَّهم مالك نفسه، أو نافعاً؟ وأعظم أن أقول: عبدالله بن عمر»[2]. وقد ذكر ابن رشد سبب ترك مالك هذا الحديث وهو أنَّه لم يجد عليه عمل أهل المدينة، وأنَّه قد عارضه حديث ابن مسعود، لكنه حديث منقطع لم يخرجه أحد مسنداً كما قال ابن رشد نفسه[3] وغيره[4] وكل ذلك مردود، لأنَّه لا ينبغي لحديث منقطع أن يعارض حديثاً صحيحاً، ولا لعمل أهل المدينة أن يعارضه، وأيضاً لم يثبت أن أهل المدينة قد خالفوا مقتضاه، قال الشافعي: «وبهذا نأخذ وهو قول الأكثر من أهل الحجاز، والأكثر من أهل الآثار بالبلدان»[5].

وقد ناقش الحنفية، والمالكية هذا الدليل، وأولوه بأنَّ المراد بالمتبايعين هما المشتغلان بالبيع، وأنَّ المراد بالتفرق منه هو التفرق بالألفاظ دون التفرق بالأبدان، فمعنى التفرق فيه أن تفترق الكلمة عن صاحبها، فعلى هذا ينتهي التفرق حينما ينتهي القابل من قبوله فلا يبقى للمجلس حينئذٍ أي أثر وقد عضدوا تأويلهم هذا بآيات واردة أريد بلفظ التفرق فيها تفرق الألفاظ، لا تفرق الأبدان، ولنترك ذلك لهم في كيفية هذا التأويل، ودعمه بما يسعفهم في نظرهم يقول المرغيناني: «والحديث محمول على خيار القبول، وفيه إشارة إليه، فإنهما متبايعان حالة المباشرة أو بعدها، أو يحتمله، فيحمل عليه، والتفرق فيه تفرق الأقوال»[6]، ويقول ابن الهمام شارحاً هذا التأويل: «وادعاء أنَّه ـ أي خيار المجلس بعد القبول ـ غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين: المتشاغلان بأمر البيع، لا من تمَّ البيع بينهما وانقضى، لأنَّه مجازه، والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول» وحينما اعترض عليهم بأنَّ

---

(١) الأم (٣/٥).

(٢) المغني لابن قدامة (٣/٥٦٣).

(٣) بداية المجتهد (٢/١٧١).

(٤) الأم (٣/٨)، وقال: «ولو كان هذا الحديث ثابتاً لم يكن يخالف منها شيئاً. . .».

(٥) الأم (٣/٣).

(٦) الهداية مع فتح القدير (٥/٨٢).

لفظ الحديث وارد بـ: (البيعان) مع أنَّه على ضوء تأويلهم فالبائع واحد، لأنَّه لم يتم القبول بعد؟ أجاب ابن الهمام بقوله: «لا يقال: هذا أيضاً مجاز لأنَّ قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد،.لا متبايعان، لأنا نقول: هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ. . . ولأنا نفهم من قول القائل: زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول. . . أو هو يحتمله، فيحمل عليه جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات. . . ـ أي وهذا الحديث ـ وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال، وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب: لا أشتري، أو يرجع الموجب قبل القبول، وإسناد التفرق إلى الناس مراداً به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف، قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ البَيِّنَةُ﴾[(١)]. . . »[(٢)]. غير أنَّ هذا التأويل كما نرى لا يخلو عن تعسف، فالتفرق حقيقة في التفرق بالأبدان[(٣)]، وإذا كان قد استعمل في غير ذلك فيكون من باب المجاز يحتاج إلى قرينة مانعة، وكذلك إطلاق المتبايعين على المشتغلين بالبيع لا يمكن أن يكون وارداً على سبيل الحقيقة، وقد تكفل الإمام الشافعي بالرد على هذا التأويل بأسلوب رائع قائلاً: «. . . فاذكر ـ الخطاب للمخالف ـ لي المعنى الذي ذهبتَ إليه فيه، قال: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا في الكلام. . . فقلت له: الذي ذهبت إليه محال لا يجوز في اللسان. قال: وما إحالته، وكيف لا يحتمله اللسان؟ قلت: إنما يكونان قبل التساوم غير متساومين، ثمَّ يكونان متساومين قبل التبايع، ثمَّ يكونان بعد التساوم متبايعين، ولا يقع عليهما اسم: «متبايعين» حتى يتبايعا، ويفترقا في الكلام على التبايع. . . فقال: فادللني على ما وصفت بشيء أعرفه غير ما قلت الآن. . . فقلت له: أرأيت: لو تساومت أنا وأنت بسلعة. فقال رجل: امرأته طالق إن كنتما تبايعتما فيها. قال: فلا تطلق من قبل أنكما غير متبايعين إلَّا بعقد البيع. قلت: وعقد البيع التفرق عندك في الكلام عن البيع. قال: نعم. قلت: أرأيت لو تقاضيتك حقاً عليك فقلت: والله لا أفارقك حتى تعطيني حقي، متى أحنث قال:

(١) سورة البينة: الآية ٤.

(٢) فتح القدير (٥/ ٨١ ـ ٨٢).

(٣) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٧١)، وهو مالكي المذهب لكنه رجح قول الجمهور ـ: «إنَّ هذا ـ أي حمل التفرق على التفرق بالألفاظ ـ مجاز، لا حقيقة، والحقيقة هي التفرق بالأبدان». ويراجع: القاموس المحيط (٣/ ٢٨٣).

إن فارقته ببدنك قبل أن يعطيك حقك. قلت: فلو لم تعرف من لسان العرب شيئاً إلَّا هذا أما ذلك على أن قولك محال وأنَّ اللسان لا يحتمله بهذا المعنى، ولا غيره، قال: فاذكر غيره. فقلت له: أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان أنَّه التمس صرفاً بمائة دينار. قال: فدعاني طلحة بن عبيدالله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده، ثمَّ قال: حتى يأتي خازني... وعمر يسمع. فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثمَّ قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء». قلت له: أبهذا نقول نحن وأنت: إذا تفرق المصطرفان عن مقامهما الذي تصارفا فيه انتقض الصرف، وما لم يتفرقا لم ينتقض. فقال: نعم. قلت له: فما بان لك وعرفت من هذا الحديث أنَّ التفرق هو تفرق الأبدان بعد التبايع، لا التفرق عن البيع، لأنك لو قلت: تفرق المتصارفان عن البيع قبل التقابض لبعض الصرف دخل عليك أن تقول: لا يحل الصرف حتى يتراضيا ويتوازنا ويعرف كل واحد منهما ما يأخذ ويعطي، ثمَّ يوجبا البيع في الصرف بعد التقابض، أو معه. قال: لا أقول هذا. قلت: ولا أرى قولك: التفرق تفرق الكلام إلَّا جهالة، أو تجاهلاً باللسان»[1].

وبهذه المناقشة الرصينة ألزم الإمام الشافعي المخالف، وأفحمه بأنَّ حمل المتبايعين على المتساومين بعيد عن اللغة إلَّا مجازاً لا يرتكب إلَّا عند القرينة المانعة، كما أنَّ حمل التفرق في الحديث على التفرق بالكلام لا يحتمل هنا، فعلى هذا فالحديث باقٍ في وضوح الدلالة على المقصود، ومما يؤكد ذلك أنَّ لفظ التفرق في الحديث السابق لا يحتمل أن يحمل على التفرق بالألفاظ، لأنَّه ليس الكلام في الاختلاف ولا في بيان الفرق والمعتقدات، وإنما سيق الحديث في البيع الذي يتفق فيه العاقدان على الثمن والمبيع، ويتجه كلام كل واحد منهما نحو هدف واحد وهو تحقيق العقد، فالإيجاب والقبول ليسا تفرقاً منهما في القول، لأنَّ من أوجب القول فغرضه أن يقبله صاحبه، فإذا قبله فقد وافقه، ثمَّ إنَّه لو سلم بالتفسير السابق لخلا الحديث من فائدة، إذ أنَّ الذي وجه إليه الإيجاب لم يحدث منه شيء حتى يرد احتمال كونه ليس بالخيار، وكذلك الموجب عند الجمهور بما فيهم الحنفية، فلم يأت الحديث بفائدة جديدة وجدية، ولا شك أنَّ التأسيس أولى من التأكيد[2]، ومن جهة ثالثة أنَّ في بعض ألفاظ الحديث تنصيصاً على ما ذكره الجمهور مثل لفظ: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد

---

(١) الأم (٣/٥ - ٦).

(٢) المجموع (٩/١٨٦ - ١٨٧)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦٤).

منهما بالخيار»[1]، فجعل النبي ﷺ لهما الخيار بعد تبايعهما، لا حال تبايعهما حتى يحمل على الاشتغال به، ثمَّ قال: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع»[2]. فهذا نص في أن الكلام في الخيار بعد التبايع. ثمَّ إنَّ راوي الحديث هو أعرف بفهم حديثه من غيره لأنَّه عاصره وعايشه فيكون أدرى بالمقصود منه من غيره، فراوي هذا الحديث هو ابن عمر قد ثبت في الحديث الصحيح أنَّه كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع[3]، وكذلك فعل غيره من الرواة[4]، بل إنَّ تطبيقات هذا الحديث قد شاعت بين الأصحاب، ولم ينكرها منهم أحد، فصح أن يكون قد انعقد عليه الإجماع السكوتيُّ إن لم يكن صريحاً، فلم يرو عن أحد منهم عن طريق صحيح أنَّه أنكر خيار المجلس بعد اتصال القبول بالإيجاب ما دام مجلس العقد قائماً، فمن هذه التطبيقات ما رواه أبو داود بسنده عن أبي الوضيء عباد بن نسيب، قال: غزونا غزوة، فنزلنا منزلاً، فباع صاحب لنا فرساً بغلام، ثمَّ أقاما بقية يومهما وليلتهما، فلما أصبحا من الغد قام الرجل إلى فرسه يسرجه، فندم، فأتى الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي ﷺ فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالا له هذه القصة، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؟ قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» قال هشام بن حسان: حدث جميل أنَّه قال: «ما أُراكما افترقتما»[5]. قال الحافظ المنذري: «وأخرجه ابن ماجه[6] ورجال إسناده ثقات»[7]. وقال الحافظ النووي: «إسناده صحيح»[8]، فالصحابة رضي الله عنهم هكذا فهموا معنى الحديث وحملوا المتبايعين على معناه الحقيقي، كما حملوا التفرق على معناه الحقيقي وكفى بهم حجة في الفهم

(١)، (٢) جزء من الحديث الصحيح الذي رواه الشيخان ـ كما سبق ـ.

(٣) فقد روى البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب البيوع (٤/٣٣٤ ـ ٣٣٥)، عن ابن عمر قال: «بعت من أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنهما مالاً بالوادي بمال له بخيبر، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا». وروى مسلم بسنده عن نافع ذكر بعد أن روى حديث ابن عمر في الخيار: أنَّه كان ابن عمر إذا اشترى الشيء يعجبه فارق أصحابه». صحيح مسلم، كتاب البيوع (٣/١١٦٤).

(٤) يراجع المغني لابن قدامة (٣/٥٦٤)؛ ونصب الراية (٤/١ ـ ٤)؛ والمجموع (٩/١٨٧).

(٥) سنن أبي داود مع العون، كتاب البيوع (٩/٣٢٥ ـ ٣٢٨).

(٦) رواه ابن ماجه مختصراً في سننه، كتاب البيوع (٢/٧٣٦).

(٧) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/٣٢٨).

(٨) المجموع (٩/١٨٥).

وإدراك مقاصد الشريعة القراء، يقول ابن حزم: «فهذا ابن عمر يخبر بأنَّ هذا مذهب الصحابة وعملهم... ولا يعرف لمن ذكر منهم مخالف أصلاً، ما نعلم لهم - أي للحنفية والمالكية - سلفاً إلَّا إبراهيم وحده» ثمَّ ذكر بأنَّه روي عن طريق حجاج بن أرطأة عن شريح مثله، لكنها رواية مكذوبة، والصحيح عن شريح هو موافقته للحديث الصحيح، ثمَّ أول ما روي عن إبراهيم للنخعي بما يتفق مع رأي غيره من الصحابة والتابعين[1].

تحرير محل النزاع، والترجيح:

ومن هذا العرض يتبين لنا أنه لا خلاف بين الفريقين في أنه لا يوجد خيار المجلس في العقود الجائزة، ولا في العقود اللازمة التي لا يقصد منها المال من حيث الذات كالنكاح، والخلع، وإنما الخلاف في العقود المالية ولا سيما البيوع، وذلك لأن الحديث وارد بلفظ «البيعان» كما أنه لا خلاف بينهم في أن لمجلس العقد آثاراً في بعض الأمور الأخرى[2].

كما يتبين لنا أن الراجح هو مذهب الجمهور القائلين بخيار المجلس في البيوع، وما ألحق بها من العقود المالية اللازمة، فالحديث برواياته وطرقه الصحيحة نص في إثبات الخيار في عقد البيع، ويقاس عليه ما يشترك معه في اللزوم والمالية فلا يمكن أن يرد بتعسف في التأويل، أو يرد باعتباره مخالفاً لعمل أهل المدينة، فعمل أهل المدينة لا يرقى في الواقع إلى أن يرد به حديث صحيح، كما أن الفقهاء ورواة

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/٣٠٠ - ٣٠٢).

(٢) فمثلاً صرح الفقهاء الأحناف بأن بيع المجهول لا يصح ومع ذلك لو زالت الجهالة في المجلس يصبح العقد صحيحاً (فتح القدير ٥/٨٨). وكذلك الأمر عند المالكية (بلغة السالك ٢/٣٦٢). بل أصبح من القاعدة الفقهية: «الثابت في المجلس كالثابت في صلب العقد» (فتح القدير ٥/٨٨)، وذكرها الشافعية في القراض بلفظ: «الواقع في المجلس كالواقع في العقد» وراجع كشاف القناع (٣/١٤٨).

وأيضاً إن الشرط اللاحق في المجلس يلتحق بأصل العقد في رأي مصحح عند الحنفية، وكذلك إذا كان في العقد شرط فاسد ثم حذف في المجلس فإن العقد ينقلب صحيحاً عند الحنفية خلافاً لزفر والشافعي.

يراجع: بدائع الصنائع (٧/٣٠٩٤، ٣٠٩٦)؛ وفتح القدير مع العناية (٥/٢١٧)؛ الغاية القصوى (١/٤٧٢ - ٤٧٣).

الأحاديث لم يكونوا في عصر مالك ولا في العصر الذي قبله، ولا بعده منحصرين في المدينة، ولا في الحجاز، بل كانوا متفرقين في أقطار العالم الإسلامي، وبالإضافة إلى هذا فإن فقهاء المدينة لم يتفقوا مع مالك في عدم القول بخيار المجلس حتى في عصره، يقول الإمام النووي: «فهذا ابن أبي ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة في زمن مالك قد أنكر على مالك في هذه المسألة، وأغلظ في القول بعبارات مشهورة حتى قال: يستتاب مالك من ذلك»[1]، ثم إن من المعقول أن يعطى فرصة للمتبايعين لمراجعة ما أقدما عليه من حيث الربح والخسران وتدبر ما أخذا في إنجازه، وبذلك يتحقق الرضا الكامل للطرفين، وهذا هو المطلوب في الشريعة الغراء حيث تسعى بأحكامها لإيصال المتعاقدين إلى طيب النفس، والرضا الحقيقي الواعي بما يقدمان عليه، ليكون ما يترتب عليه حلالاً طيباً، وذلك لأن هذه الشريعة لنزعتها الدينية لا تسعى إلى بيان الصحة والفساد الظاهرين فحسب بل تبين بوضوح الحل والحرمة ومن هنا تحتاط في هذا الخصوص حتى لا يأكل أحد مال أخيه دون رضاه الكامل، وطيب نفسه، ومن هنا فلا نسلم قول من يقول[2] إن القول بخيار المجلس يؤدي إلى زعزعة التعامل، وقلقلة الاستقرار في التعاقد، وذلك لأن هذا الخيار قد قيد بالمجلس وهو قد أرجع أمره إلى العرف، كما أن لكل واحد منهما أن يقول بعد العقد: اخترت فلا يبقى له الخيار، أو يشترط عدم الخيار بأن يقول: بعت ولا خيار بيننا، فيقبله الآخر على ذلك[3]، وحينئذ يلزم العقد، كما أن لكل منهما أن يقوم من المجلس، ويترك المجلس بضع خطوات

(١) المجموع (٩/١٨٦ ـ ١٨٧).

(٢) د. السنهوري، مصادر الحق (٢/٣٧ ـ ٣٨).

(٣) وهذا هو ما ورد به الحديث الشريف: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» ـ أي لزم ـ. رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٤/٣٣٣)؛ ومسلم في صحيحه (٣/١١٦٣). وفي لفظ آخر لهما أيضاً «إذا تبايع المتبايعان بالبيع، فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما على الخيار، فإن كان بيعهما على خيار فقد وجب». وفي لفظ رواه أبو داود في سننه مع العون (٩/٣٢٤)، قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار».

فهذه الأحاديث صريحة في أن المتعاقدين بوسعهما أن يجعلا العقد بدون خيار المجلس، قال ابن قدامة في المغني (٣/٥٦٧ ـ ٥٦٨): «إن الخيار يبطل بالتخاير... والتخاير في ابتداء العقد، وبعده في المجلس واحد، فالتخاير في ابتدائه أن يقول: بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار، والتخاير بعده: أن يقول كل واحد منهما بعد العقد: اخترت إمضاء العقد، أو إلزامه أو اخترت العقد، أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين...».

وبذلك ينتهي المجلس، ويلزم العقد، كما أن خيار المجلس لا يؤدي إلى «إهدار لمبدأ جوهري ـ وهو قوة العقد الملزمة ـ من مبادىء القانون، وإخلال بالثقة المشروعة عند التعامل بل يجوز لتفادي هذه النتائج تغليب القياس على الأثر»(1)، وذلك لأن القوة الملزمة باقية لم ينل منها خيار المجلس إلا بقدر التأكد من تحقق مبناها وهو رضا الطرفين، فالآثار مترتبة على العقد لا على المجلس باتفاق القائلين به(2)، أما التراخي الحاصل نتيجة القول بخيار المجلس فمطلوب لزيادة الاحتياط في تنور الرضا واطمئنانه على ما يقدم عليه فالفقه الإسلامي مد من عملية التعاقد وجعل مجلس التعاقد كله كأنه مجلس تفاوض ومساومة يحق لكل من الطرفين أن يندم فيسحب رضاءه ما دام المجلس الجامع للمتفرقات قائماً، ثم إن خيار المجلس كيف يؤدي إلى الإخلال بالثقة، وهو مشروع للطرفين، وليس لطرف واحد، كما أنهما حينما يقدمان على التعاقد يعلمان بوجوده فيحسبان حسابه، بحيث إذا أرادا عدم ذلك يشترطان عدم وجوده، أو يقول كل واحد منهما: اخترت بعد العقد، فيلزم العقد، كما أنه داخل نطاق البحث عن أحكام الشريعة الغراء لا يجوز البحث عن تغليب قياس مهما بلغ على حديث صحيح، لأن القياس يأتي ترتيبه عند عدم وجود نص، ثم إنه لا خلاف فيه للقياس، وذلك لأن طبيعة التعامل المالي تقتضي التروي والتدبر ـ وإن كان التاجر

---

(1) د. السنهوري، مصادر الحق (٢/٤٠). وقال الدكتور شفيق شحاته (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٠١ بند ٢٨٥): «وجدنا التشريع الإسلامي قد سبق التشريع الروماني في تقرير بعض المبادىء العظيمة... ونجده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الروماني.. في ضعف القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي». والذي دعاه إلى هذا القول هو وجود الخيارات، ولا سيما خيار المجلس، وعلى الرغم من أن هذا الحكم العام لا ينطبق على الحنفية والمالكية الذين لم يقولوا به، لكنه مع ذلك استنتاج غير دقيق، فلم يشرع الخيارات في الفقه الإسلامي إلا لمزيد من الاحترام للإرادة حتى تكون حرة واعية مدركة متأنية، فالخيارات في الفقه الإسلامي إما خيارات تعاقدية كخيار الشرط والنقد والتعيين، فهذه لا تقدح في القوة الملزمة للعقد، لأنها نشأت بإرادة المتعاقدين، وإما أن تكون شرعية كخيار العيب والتدليس، والتغرير، وفوات الوصف وتفرق الصفقة، وهذه الخيارات ـ كما يقول الدكتور سوار: التعبير عن الإرادة ص (٥٩٨) ـ لها شبيه في حق الإبطال وحق الإجازة الممنوحين في القوانين الحديثة لمن شيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا ـ فهذا النوع من الخيارات الشرعية لا يمس القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي، لأن الإرادة الحرة لا ترضى بوجود عيب أو نقص في المعقود عليه ـ كما سبق ـ وأما خيار المجلس فهذا ما نناقشه في صلب الرسالة.

(2) يراجع: المغني لابن قدامة (٣/٥٧١).

المحترف قلما يندم من فوره عن عقده ـ كما يترتب عليه من ربح وخسارة ومن هنا لاحظ الشارع هذا الجانب فأعطى هذا الحق للمتعاقدين لمراجعة موقفهما والمزيد من التفكير والتدبر وليكون الرضا في غاية الكمال والتنور لتكون آثار التعاقد حلالاً طيباً. فخيار المجلس في تقديري نابع من النظرة الدينية السائدة في الفقه الإسلامي.

مجلس العقد بين الغائبين:

لا يخفى أن مجلس العقد بالنسبة للمتعاقدين الحاضرين واضح يسهل تصوره، وإنما الصعوبة تأتي لتصوير مجلس التعاقد فيما بين الغائبين، وذلك لأن الأصل في الرضاء المزدوج أن يكون أحد الرضاءين متصلاً بالآخر ومقارناً له، لكنه اعتبر المجلس جامعاً لهما بالنسبة للحاضرين، أما بالنسبة للغائبين فإن القبول يتأخر كثيراً عن الإيجاب، وذلك لأن التعاقد بينهما إما أن يتم عن طريق الكتابة، أو الرسول بأن يبعث الموجب مكتوباً إلى من يوجه إليه، متضمناً رغبته في إنشاء العقد وإيجابه، أو يبعث رسولاً فيقول له: اذهب إلى فلان وقل له: إن فلاناً باع منك منزله بكذا. فمجلس التعاقد في هاتين الحالتين هو مجلس وصول الخطاب، أو أداء الرسالة، يقول المرغيناني: «والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة»[1]. ومن هنا ينعقد العقد بقبول القابل في مجلس وصول الخبر إليه، وتترتب عليه مسائل خيار رجوع الموجب، وخيار المجلس، فالموجب الذي بعث بإيجابه إلى شخص له الحق في الرجوع عند الجمهور ما دام لم يقبله الآخر، سواء علم به الطرف الآخر بالرجوع، أو لم يعلم حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد، غير أنه إذا وكل شخصاً بالبيع ثم عزله، لكن الوكيل لم يعمل بهذا العزل فباع، فبيعه نافذ، إلا أن المالكية ذهبوا إلى أن الإيجاب يكون ملزماً إذا كان بصيغة الماضي ـ كما سبق ـ وأما خيار المجلس فهو أيضاً متحقق فالقابل بعد قبوله ما دام في المجلس له الحق في الرجوع عنه، وإذا لم يقبله في المجلس فقد سقط الإيجاب، لكن فرص رجوع الموجب بعد قبول القابل عن إيجابة نادرة إلى حد بعيد، لكنها مع ذلك متصورة بأن بعث إليه بخطاب فقبله، ثم رجع عنه قبل قيامه عن المجلس، أو بعث الموجب إليه بالرجوع ووصله قبل أن يقوم من مجلسه فقد تم الرجوع، يقول النووي: «قال الغزالي: إذا صححنا البيع بالمكاتبة فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه ثبت له خيار المجلس ما دام في مجلس القبول، قال: ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح

(١) الهداية مع فتح القدير (٥/ ٧٩).

رجوعه ولم ينعقد البيع والله أعلم»[1]، وهناك تفاصيل وتفريعات لا يسمح طبيعة البحث بالخوض فيها[2].

الشرط الرابع ـ حصول العلم بالإيجاب والقبول:

وذلك بأن يكون كل من العاقدين قد حصل له العلم بما عبر عنه الآخر بأن يفهم المراد منه[3] ويسمعه إذا كان التعبير بالقول، أو يراه إذا كان بالإشارة، أو يقرأه كما في الكتابة، فالعلم الإجمالي بمضموني الإيجاب والقبول ضروري حتى يتم الارتباط، بل حتى يتحقق الرضا الكامل، يقول ابن الهمام: «البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام الآخر، ولو قال البائع: لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق»[4]. فعلى هذا فالمعيار في السماع موضوعي منوط بالشخص المعقول، وليس شخصياً منوطاً بالعاقد نفسه، وقد ادعى صاحب الفتاوى الهندية أن سماع المتعاقدين كلامهما شرط لانعقاد البيع بالإجماع حيث يقول: «. . . وهو ـ أي السماع ـ شرط انعقاد البيع بالإجماع، فإذا قال المشتري: اشتريت ولم يسمع البائع كلام المشتري لم ينعقد البيع»[5]. ومثله جاء في كثير من الكتب الحنفية فقد ورد في الفتاوى البزازية دعوى الإجماع على شرط السماع في البيع، وكذلك في النكاح والخلع في المختار[6]، حتى اشترط بعضهم سماع من وجه إليه القبول سماع رجوع

---

(١) المجموع (١٦٨/٩).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع (٢٩٩٣/٦)؛ وفتح القدير مع شرح العناية (٧٨/٥ ـ ٨٢)؛ والفتاوى الهندية (٩/٣)؛ والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٣٦٦/٤)؛ والبحر الرائق (٢٩٠/٥)؛ وشرح الخرشي (٤/٥. . .)؛ والفواكه الدواني (١٥٨/٢)؛ وبلغة السالك (٣٤٣/٢)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣. . .)؛ والمجموع (١٦٨/٩)؛ والروضة (٣٣٩/٣)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٣٤ ـ ٣٣٨)؛ وشرح زاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٤١٣/٤ ـ ٤٢٠)؛ والإنصاف للمرداوي (٣٦٣/٤ ـ ٣٧٢)؛ والمحلى لابن حزم (٢٩٥/٩)؛ والروض النضير (٥١٣/٣).

ويراجع: الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٠٥)؛ والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ص (٧٦)؛ ود. محمد سلام مدكور، المدخل ص (٥٢٠)؛ ود. الشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١٧)؛ ود. السنهوري، مصادر الحق (٤١/٢ ـ ٥٩).

(٣) سبق أن الحنفية لم يشترطوا أن يفهم العاقد ما يتلفظ به في الطلاق.

(٤) فتح القدير (٧٤/٥).

(٥) الفتاوى الهندية (٣/٣).

(٦) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤٦٤/٤).

الموجب[1]، وكذلك الأمر عند غيرهم[2]. ومن الجدير بالتنبيه عليه أن ذكر السماع هنا ليس للدلالة على أن الرؤية، أو نحوها لا تكفي، بل للإشارة إلى أن الكلام هو سيد التعبيرات، وهو الغالب دائماً في طرق التعبير، وإلا فإن الأصم يصح بيعه وشراؤه مع أنه لا يسمع، فعلى هذا فالشرط هو السماع، أو بلوغ الخبر، أو الرؤية، وبعبارة موجزة تحقق العلم[3]. وهذا الشرط ـ أي تحقق السماع، أو العلم بما عبر عنه الآخر ـ قد ذكره الفقهاء في التعاقد بين الحاضرين، وذلك ممكن ميسور، لكن الصعوبة تأتي في التعاقد بين الغائبين: فهل يشترط تحقق السماع أو العلم، بحيث لا يتم التعاقد بينهما إلا إذا وصل خبر القبول إلى الموجب، وهذا ما يسمى في الفقه الحديث بنظرية العلم بالقبول، أم أنه يكتفي فيه بقبول القابل فقط، وهذا ما يسمى في الفقه الحديث بنظرية إعلان القبول؟[4].

والذي يظهر بوضوح من نصوص الكتب الفقهية لمختلف المذاهب الفقهية أن العقد بين الغائبين يتم بمجرد إعلان القبول قبل رجوع الموجب عن إيجابه، فكما أن رجوع الموجب عن إيجابه لا يشترط أن يكون قد علم به من وجه إليه بحيث لو سحب إيجابه قبل قبوله لم يتم العقد، وإن كان الطرف الثاني لم يعلم به وقبل إيجابه، فالعلم بهذه الأمور في إنشاء العقود لا يؤثر، وإن كان يؤثر في بعض الأحوال كعزل

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية (٨/٣) «وللموجب أياً كان أن يرجع قبل قبول الآخر. . . ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب كذا في التتارخانية. وفي اليتيمية: يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر كذا في البحر الرائق. لو قال البائع: بعت منك هذا العبد بكذا، ثم قال: رجعت، ولم يسمع البائع، وقال اشتريت ينعقد البيع كذا في الظهيرية».

(٢) قال البنا في حاشيته على شرح الزرقاني على مختصرخليل: (٥/٥ ـ ٦): «قال البرزلي في نوازله: رجل قال في سلعة وقد عرضها: من أتاني بعشرة فهي له، فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه، أو بلغه فهو لازم، وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه ولا بلغه، فلا شيء عليه». فقد اشترط السماع أو البلوغ، وهكذا الأمر عند الشافعية في الراجح عندهم. انظر: المجموع (٦٧/٩).

(٣) لكن الحنفية اشترطوا في بلوغ الخبر أن يكون بإذن من الموجب، يقول صاحب الفتاوى الهندية (٩/٣): «وإذا قال: بعت هذا من الفلان الغائب بكذا، فبلغه الخبر فقبل لا يصح، ولو قبل عنه إنسان في المجلس توقف على إجازته. . . ولو قال: بعته منه فبلغه يا فلان، فبلغه رجل آخر جاز. . .». ولم يشترط الأمر بالتبليغ المالكية، والشافعية. انظر حاشية البنا على الزرقاني (٥/٥ ـ ٦)؛ والمجموع (١٦٧/٩).

(٤) يراجع في تفصيل ذلك: د. وحيد الدين سوار، المصدر السابق ص (٦٠٣).

الوكيل[1]، فكذلك الأمر في القبول، فلا يشترط أن يعلم به الموجب، وذلك على ضوء التفصيل الآتي:

فالحنفية قد صرحوا بأن الكتاب والإرسال كالخطاب حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة مجلس العقد فيتم فيه العقد، فقد وجه الكاساني ذلك توجيهاً لطيفاً حيث يقول: «والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع إلا إذا كان عنه قابل، أو كان بالرسالة أو بالكتابة، . . . لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل، ناقل كلامه إلى المرسل إليه، فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع، وقبل الآخر في المجلس وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل: أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه: اشتريت، لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس، ولو كتب شطر العقد، ثم رجع صح رجوعه، لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب، ولو خاطب، ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه، فههنا أولى، وكذا لو أرسل رسولاً ثم رجع ـ أي قبل قبول الآخر ـ وسواء علم الرسول رجوع المرسل، أو لم يعلم به، بخلاف ما إذا وكل إنساناً ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله، لأن الرسول يحكي كلام المرسل، وينقله إلى المرسل إليه فكان سفيراً ومعبراً محضاً فلم يشترط علم الرسول بذلك، فأما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التعزير»[2]. فهذا النص صريح في أن العقد ينتهي بانتهاء القبول ويلزم به، حيث إن الخطاب والرسالة يحلان محل الموجب، بل هذا هو ما صرح به ابن عابدين حيث يقول: «فإن قبل ـ أي الغائب ـ صح البيع»[3]، حيث رتب صحة البيع على القبول فقط دون اشتراط علم الموجب به، ويقول ابن البزاز: «ولو كتب إليه اشتريت عبدك فقال: بعت تم، لوجود الركنين»[4]. وقال ابن الهمام: «فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال: قبلت في المجلس انعقد. . .»[5]. فنصوص فقهاء الحنفية ناطقة بأن العقد بين الغائبين يتم بمجرد أن يقول المرسل إليه، أو المكتوب إليه:

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٩٩٤).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٩٩٤).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٤/١٥).

(٤) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/٣٦٦).

(٥) فتح القدير (٥/٧٩).

قبلت في مجلس الوصول، دون اشتراط شيء آخر، لكنه في النكاح إذا بلغ المرأة وقرأت الكتاب، ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب صح النكاح[1]، فعلى هذا فمجلس الكتاب بالنسبة للنكاح ليس مجلس وصول الكتاب، وإنما المجلس الذي يحضر فيه الشهود، وهذا يعود إلى طبيعة النكاح الذي يشترط فيه حضور الشهود عند الجمهور ولكن شيخ الإسلام جواهر زاده حاول أن يقيس عليه البيع قائلاً: «وظاهر أن البيع كذلك»[2]، فعلى هذا لا يشترط أن يقبل المكتوب إليه الإيجاب في المجلس الذي وصل إليه، بل له أن يقبله في وقت آخر، غير أن هذا الاجتهاد الشخصي من جواهر زاده مخالف لنصوص الكتب الحنفية الأخرى كما أنه قياس مع الفارق[3].

وأما المالكية فهم يقولون بأن الإيجاب ملزم للموجب ـ كما سبق ـ فعلى هذا لا يتمشى مع قواعد مذهبهم أن يشترطوا علم الموجب بقبول القابل حتى يتم العقد، بل إن نصوصهم ظاهرة كل الظهور بأن البيع ونحوه ينعقد بمجرد القبول[4]. والشافعية صرحوا كذلك بما يدل على عدم اشتراط علم الموجب بالقبول في صحة التعاقد بين الغائبين، قال النووي: «وإن قلنا يصح ـ أي البيع بالمكاتبة وهو الأصح ـ فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد إطلاعه على الكتاب هذا هو الأصح، وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول، بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين... قال بعض الأصحاب تفريعاً على صحة البيع بالمكاتبة: لو قال: بعت داري لفلان وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قبلت انعقد البيع...»[5]، فهذا صريح في أن انعقاد البيع بين الغائبين يتم بقبول الآخر ودون الحاجة إلى وصول خبر القبول إلى الموجب يقول الرافعي: «فالشرط أن يقبل المكتوب إليه كما اطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/١٤ ـ ١٥).

(٢) يراجع: الهداية مع فتح القدير (٥/٧٩)؛ وحاشية ابن عابدين (٤/١٥).

(٣) المصادر السابقة. وذلك لأن الأصل هو أن الكتاب والرسالة كالخطاب وأنه يعتبر مجلس وصولهما، إذن لا بد من أن يكون القبول في مجلس الوصول غير أنه خولف هذا الأصل بالنسبة للنكاح لاشتراط الشهود فيه حتى يحضروا وأما البيع فليس من شروطه الشهادة فبقي على الأصل.
يراجع: الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية ص (٤٧)؛ والسيد نشأت، رسالته ص (١٩٠).

(٤) الفواكه الدواني (٢/١٧٥)؛ والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣)؛ وشرح الخرشي (٥/٥)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٣)؛ وحاشية البنا على شرح الزرقاني (٥/٥ ـ ٦).

(٥) المجموع (٩/١٦٧).

بالإيجاب بحسب الإمكان»[1]، فهذا النص في غاية الوضوح بأن مجلس التعاقد فيما بين الغائبين هو مجلس إطلاع المكتوب إليه والمرسل إليه على الإيجاب، ومثل ذلك يظهر من نصوص الحنابلة[2].

تحليل وترجيح:

الذي يظهر لي بعد عرض هذه النصوص، أن السماع الذي تكلم عنه الحنفية واشترطوه في التعاقد خاص بالتعاقد بالكلام، وإلا فهم أجازوا التعاقد بالإشارة بالنسبة للأخرس، وبالتعاطي، مع أنه ليس فيهما السماع، إذن فالسماع ليس من شروط صحة أو انعقاد العقد مطلقاً، وإنما هو شرط لصحة أو انعقاد التعاقد باللفظ فقط، وهو لدى التعمق والتحقيق في نصوصهم يتبين لنا أن هذا الشرط ليس شرط انعقاد العقد المباشر، وإنما هو شرط صحة الكلام، فحينئذ يجري فيه الخلاف على هذا الأساس، فقد ثار الخلاف عندهم في أصل تحقق الكلام: هل لا بد فيه من أن يكون مسموعاً للآخر، أم أنه هو نطق الحروف بشكل يسمعه نفسه؟ فانحاز بعضهم إلى الاكتفاء فيه بنطق الحروف، في حين ركن الآخرون إلى وجوب السماع أيضاً. قال العلامة البابرتي: «اعلم أن أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين كلام وقراءة، لأن الغرض منه إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب أولا، فإن كان الأول فهو الكلام، وإلا فهو القراءة، وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة فذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني (ت ٣٦٢ هـ) إلى أن المخافتة هو أن يسمع نفسه، وما دون ذلك جمجمة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة»[3]. وذهب الكرخي (ت ٣٤٠ هـ) إلى أن أدنى الجهر أن يسمع نفسه، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف، لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ[4]. قال ابن الهمام مرجحاً رأي الهندواني: «فالحرف عارض للصوت للنفس، فمجرد تصحيحها بلا صوت إيماء إلى الحروف بعضلات المخارج، لا حروف، فلا كلام»[5]. ثم قال المرغيناني: «وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق،

(١) فتح العزيز (٨/١٠٣)؛ والروضة (٣/٣٣٩).

(٢) فقد ذكروا بأن العقد يتم بالإيجاب والقبول مطلقاً، دون اشتراط علم الموجب بالقبول.
يراجع: الإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٠)؛ والروض المربع (٤/٣٢٨)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٦١).

(٣) شرح العناية على الهداية (١/٢٣٣).

(٤) الهداية للمرغيناني مع فتح القدير (١/٢٣٣).

(٥) فتح القدير (١/٢٣٣).

والعتاق، والاستثناء، وغير ذلك»[1]. قال البابرتي: «يعني إذا قال أنت طالق، أو أنت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافاً للهندواني»[2]. وقال ابن الهمام: «وكذا الإيلاء والبيع على الخلاف، وقيل: الصحيح في البيع أنه لا بد أن يسمع المشتري»[3]، وعلى هذا نصوص الحنفية من كتب متقدميهم إلى متأخريهم[4]، حيث تذكر هذا الخلاف في جميع التصرفات القولية، ثم إن الكثيرين رجحوا قول الهندواني ومن معه، في حين رجح بعضهم قول الكرخي، وأراد الآخرون الجمع بين الترجيحين بأن رأي الكرخي راجح في العبادات كالقراءة في الصلاة وغيرها، وأن رأي الهندواني أرجح في المعاملات كالبيع ونحوه. ومما يدل على أن مرجع الخلاف في هذه المسألة ليس الإيجاب والقبول فقط، وإنما الخلاف في أصل الكلام نفسه ما ذكره فقهاء الحنفية في ترجيح رأي على الآخر. قال الكاساني (ت ٥٧٨ هـ): «وجه قول

---

(١) الهداية مع فتح القدير (١/٢٣٣).

(٢) شرح العناية (١/٢٣٣).

(٣) فتح القدير (١/٢٣٣).

(٤) لقد جمع ـ مشكوراً ـ د. وحيد الدين سوار نصوصهم بهذا الخصوص في رسالته «التعبير عن الإرادة ص (٦٠٣ ـ ٧٠٤)، واستنتج منها اشتراط السماع في الإيجاب والقبول ونظرية الإعلان عن الإرادة، غير أننا ـ كما ترى ـ أرجعنا هذا الخلاف إلى جذوره، ووصلنا إلى النتيجة المذكورة.
والدكتور سوار قد فهم من نصوص الحنفية التي نقلها فهماً جازماً أن الحنفية يعتبرون مجلس علم القابل بالإيجاب هو المجلس الذي يتم معه العقد. يقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رحمه الله (المدخل ٥٢٩ بالهامش)، في معرض رده على هذا الفهم: «وقد ناقشناه في هذا في جلسة المناقشة والحكم على الرسالة، وإنا نشير إلى هذه النقول، وحقيقة ما تفيده، ففي حاشية يعقوب على شرح الوقاية مخطوط ص (٥١): «وشرط سماع كل من العاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً، لأن الكتاب كالخطاب»... والذي فهمناه وقلناه في كتابنا: الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤ قاله أيضاً الأستاذ مصطفى الزرقاني في كتابه الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ص (١٤). والرأي الفقهي في الإيجاب والقبول بالكتابة بين غائبين أن حكمهما يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته» وقال أيضاً (ص ٥٣٠): «وعلى ما نراه يكون للقابل الحق في الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول». والذي أفهمه أيضاً هو خلاف رأي أستاذنا الجليل، فالنصوص تشهد على عدم اشتراط علم الموجب بقبول القابل، والنص الذي ذكره دليل لنا لا له وذلك لأن الأحناف لم يشترطوا السماع على الحقيقة، بل قالوا يكتفي به حكماً فيما بين الغائبين وإن الكتاب، كالخطاب، فإذن الكتاب بمنزلة الموجب فإذا تلفظ القابل بالقبول فكان سماع الموجب من خلال الكتاب قد تم حكماً.

الكرخي: أن القراءة فعل اللسان وذلك بتحصيل الحروف، ونظمها على وجه مخصوص، وقد وجد، فأما إسماعه نفسه فلا عبرة به... ووجه قول بشر- وهو مع الهندواني في هذا الرأي - أن الكلام في العرف اسم لحروف منظومة دالة على ما في ضمير المتكلم وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع»[1]. ويقول أيضاً في مكان آخر: «وعندنا: هي - أي الحروف المنظومة - دلالة على الكلام وعبارة عنه، لا نفس الكلام في الغائب والشاهد جميعاً، فلم توجد الحروف المنظومة ههنا، لأن الحروف لا تتحقق بدون الصوت... فإذا لم يوجد الصوت، لم توجد الحروف، فلم يوجد الكلام عنده، ولا دلالة الكلام عندنا...»[2]. ويقول برهان الدين (ت ٦١٦ هـ) بعد أن ذكر رأي الهندواني: «وبه أخذ عامة المشايخ، لأن حد الكلام ما هو مسموع مفهوم، ألا ترى أن ألحان الطير لا يسمى كلاماً مع أنه مسموع، لأنه ليس بمفهوم، ألا ترى أن الكتاب لا يسمى كلاماً مع أنه مفهوم، لأنه ليس بمسموع، ولكن شرطنا إسماع نفسه، لأن الشرط وجود القراءة في نفسه، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: والأصح أنه لا يجزئه ما لم يسمع نفسه ويسمع من بقربه... وذكر القاضي الإمام علاء الدين في شرح مختلفاته: أن الصحيح عندي أن في بعض التصرفات يكتفي بسماعه، وفي بعضها يشترط سماع غيره. مثلاً في البيع إن أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع فسمع يكفي، ولو سمع البائع بنفسه ولم يسمعه المشتري لا يكفي، ومنها: إذا حلف: لا يكلم فلاناً فناداه من بعيد بحيث لا يسمع لا يحنث في يمينه... لأن شرط الحنث وجود الكلام منه ولم يوجد»[3]. قال ابن عابدين تعليقاً على عدم الحنث في المسألة السابقة: «قال في النهر، أقول: ينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل ما يتوقف تمامه على القبول، ولو غير مبادلة كالنكاح» ثم رجح القول بأن الكلام لا يتحقق إلا إذا كان مسموعاً قائلاً «وهو أوجه بدليل المسألة المنصوصة في كتاب الأيمان، لأن الكلام من الكلم وهو الجرح، سمى به لأنه يؤثر في نفس السامع، فتكليمه فلاناً لا يحصل إلا بسماعه، وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين في النكاح»[4].

فعلى هذا أن الإيجاب والقبول إذا كانا باللفظ يجب أن يكونا مسموعين عند الهندواني حتى يتحقق بهما الكلام، لأنه إذا لم يكن ذلك لا يكون هناك ارتباط ولقاء،

---

(١) بدائع الصنائع (٢/٤٣٧).

(٢) بدائع الصنائع (٤/١٩١٥).

(٣) المحيط البرهاني، مخطوط (جـ ١ ورقة ١٨١).

(٤)) حاشية رد المحتار على الدر المختار (١/٣٧٦).

وبالتالي لا يتحقق التراضي والرضا المزدوج. يقول ابن الهمام: «والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً، ويستعقب الأحكام وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه»(١).

ونستنتج من هذه النصوص أن السماع ليس شرط انعقاد العقد مطلقاً، ولا شرط تحقق الإيجاب، والقبول مطلقاً، وإنما هو شرط لتحقق الكلام، وللإيجاب والقبول إذا كانا باللفظ، فعلى هذا إذا كان الإيجاب والقبول بغير لفظ فلا يشترط تحقق هذا الشرط عند الجميع، فالتعاقد بين الحاضرين يتم بالإشارة بالنسبة للأخرس، وبالتعاطي مع عدم احتمال السماع فيهما، إذن فإدخال شرط السماع باعتباره الشرط الأساسي للتعاقد بين الحاضرين تجافيه الدقة والعمق فيه، كما أنه لا يمكن أن يسحب هذا الخلاف الدائر في الكلام وبالتالي في الإيجاب والقبول الملفوظين على التعبير بغير اللفظ كالتعبير بالكتابة، والإشارة. فعلى هذا فالتعبير بالكتابة والرسالة لا يحتاج إلى علم الموجب به، بل يتم العقد فيما بين الغائبين بمجرد قبول من وجه إليه الإيجاب عن طريق الكتابة أو الرسالة، فلا يوجد نص في جميع المذاهب التي اطلعنا على آرائهم ما يدل على اشتراط علم الموجب بالقبول في التعاقد بين الغائبين ليتم العقد، بل بالعكس وجدنا نصوصهم تتظاهر على تثبيت هذه القاعدة وهي أن العقد يتم بركنيه وهما الإيجاب والقبول فإذا توفرا فقد تم العقد، وأما اشتراط علم الموجب بعد تحققهما فهذا اعتراف ضمني بعدم كفاية الإيجاب والقبول في انعقاد العقد وترتيب الأثر، كما أن في ذلك تأخيراً لترتيب الآثار عن سببه، ثم إن النصوص الشرعية السابقة أمرت الوفاء بمجرد انعقاد العقد فلا يحتاج قبول الآخر إلى علم الموجب مرة ثانية، فالموجب حينما بعث بإيجابه إلى الآخر عن طريق الكتابة، أو الرسول، فقد تصور العقد والمعقود عليه، وانتهى من كل شيء من جانبه، فالأمر موكول إلى الآخر، فإذا قبله فقد تم العقد، فما الجدوى في تأخير انعقاد العقد لحين علم الموجب؟.

الخلاصة: أن التراضي إذا تحقق وتوفرت شروطه ينشأ عنه العقد، ويترتب عليه جميع آثاره الشرعية ـ من نقل الملكية، أو حقوق الانتفاع، أو نحو ذلك حسب أثر كل عقد ـ دون الحاجة إلى اتخاذ أي خطوة أخرى، أو إفراغ الرضا في قالب معين، ولقد رأينا أن الرأي السائد في الفقه الإسلامي هو الاعتداد بكل ما يدل على الرضا عرفاً،

---

(١) فتح القدير (٢/ ٣٤٤).

وحتى الذين لم يعتدوا ببعض طرق التعبير كان غرضهم منصباً على أن هذا الدليـل لا يوصل بشكل واضح إلى الرضا، فالخلاف في صلاحيته، وليس في تقييد الرضا، فالرضا الباطن هو الأساس، وأن الفقه الإسلامي قد احتاط لتحقق الرضا في أكمل صوره، ويظهر أثر ذلك في رأي الجمهور القاضي بمشروعية خيار المجلس والخيارات الأخرى وهذا ناتج في تقديري عن النزعة الدينية والأخلاقية التي تسود هذا الفقه، انطلاقاً من أن الآثار المترتبة على العقد لا تنحصر في الانعقاد وعدمه، أو الصحة وعدمها بل في الحل والحرمة، أو بعبارة أخرى آثار دنيوية، وآثار أخروية، وأن للأثر الأخير دوراً لا ينكر في الأمر الأول لتكون ثمرة العقد الصحيح هي الحلال الطيب فعلاً، ثم إن الرضاء المزدوج يتم بتلاقي رضاءين متقابلين في مجلس التعاقد، وهو يختلف بالنسبة للتعاقد بين الحاضرين عن التعاقد بين الغائبين ففي الأول هو مجلس صدور الإيجاب والقبول معاً، وبالنسبة للثاني هو مجلس إطلاع المكتوب إليه أو المرسل إليه على الكتابة والرسالة ثم قبولهما، أو عدم قبولهما، ثم إن التعبير إذا كان بالكلام فلا بد أن يكون مسموعاً ليترتب عليه الأحكام الظاهرة، فالكلام النفسي، أو الكلام دون الصوت لا يمكن أن يترتب عليه الأحكام المبنية على الظاهر، ولذلك يجب أن يظهر الكلام حتى يسمعه الرجل العادي، ولهذا لم يشترط جمهور فقهائنا الكرام تحقق سماع الموجب بنفسه حتى ولو كان حاضراً، حيث لا يقبل منه ـ ما دام ليس في إذنه وقر ـ ادعاء أنه لم يسمع كلامه الذي سمعه من بقربه، ومن هنا يمكننا القول بأن العقد في الفقه الإسلامي ينشأ بمجرد إعلان إرادة القبول وأن من شرط السماع[1]، يريد به ظهور الكلام بحيث يمكن سماعه، لا سماع العاقد بالفعل من العاقدين، وأن من لم يشترطه[2] يريد به عدم اشتراط السماع بالفعل. ثم إن لكل نوع من التعاقد بين الغائبين والتعاقد بين الحاضرين طبيعة خاصة، يكتفي فيها تحقق التلاقي ـ كما يقول الرافعي ـ بقدر الإمكان[3]، أو كما يقول الحنفية تحقق السماع حقيقة، أو حكماً[4]، ثم

---

(١) فتح القدير (٢/٣٤٤) والمصادر السابقة.

(٢) ذكر ابن الكمال باشا في كتابه: إيضاح الإصلاح ورقة (٧٧): «ذكر هذا الشرط ـ أي سماع كل من العاقدين كلام الآخر ـ في الخلاصة، ولم يذكر في عامة الكتب، بل ذكر في بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط».

(٣) فتح العزيز (٨/١٠٣).

(٤) في حاشية يعقوب على شرح الوقاية، مخطوط ورقة (٥١) حيث قال: «وشرط سماع كل من المتعاقدين العبارة حقيقة، أو حكماً».

إنه لا بد من ملاحظة طبيعة كل طريق من طرق التعبير فما يشترط في الكلام هو غير ما يشترط في الكتابة أو الإشارة، أو الإعطاء والتعاطي ـ كما سبق ـ.

الفرع الثاني
مدى قدرة الرضا المزدوج على الإنشاء في القانون

قدرة الرضا المزدوج (التراضي) على إنشاء العقد بوحده قد اشتهرت في الفقه الحديث بمبدأ الرضائية الذي يعتبر أحد شقي سلطان الإرادة.

وذلك المبدأ قد اعتنقته التشريعات الحديثة ذات الصبغة اللاتينية بعد أن استطاعت الخروج من تقاليد القانون الروماني القاضية بسيادة الشكلية على الالتزامات والعقود، فلم يكن بوسع هذا القانون أن يعترف بقدرة الرضا بوحده على إنشاء الأثر، بل القاعدة المقررة فيه أن: «مجرد توافق إرادتين لا يكون عقداً، ولا يولد التزاماً»[1]. غير أن الظروف الاقتصادية التي مر بها الرومان واحتكاكهم بشعوب أخرى، وحاجتهم إلى نوع من السرعة في إنشاء التعاقد مع ما في الشكلية من تعقيدات أدت إلى ظهور أربعة عقود رضائية هي: عقد الشركة في أواخر عهد الجمهورية[2]، ثم عقد الوكالة، ثم تلاهما بعد فترة عقد البيع، ثم عقد الإجارة، حيث نص جوستنيان (المتون ٢، ٢٢) على أن هذه العقود الأربعة ينعقد فيها الالتزام بالتراضي المجرد عن الشكلية، غير أن ذلك ظل استثناء لم يقرر كقاعدة عامة، بل ظلت الشكلية هي القاعدة التي سادت التصرفات[3].

وكذلك لم يقرر مبدأ الرضائية ـ كقاعدة عامة لها حماية قانونية حتى في عهد الكنسيين وإن كانوا قد أقروها كقاعدة أخلاقية ـ إلا في القرن الخامس عشر الميلادي[4]، بل لم يستقر تماماً ـ كما يقول الأستاذ الكبير السنهوري ـ إلا في القرن

---

(١) د. السنهوري، الوسيط، ط. ١٩٨١ (١/١٧٧)، ود. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (١٤٩)؛ ود. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٧ ـ ٣٠٦)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية ص (٢٨) وما بعدها. ويراجع الباب التمهيدي من هذه الرسالة.

(٢) د. شفيق شحاته، المصدر السابق نفسه، وذكر مورانديه المصدر السابق بند (٣٠٦) أن ذلك كان في بداية عصر الإمبراطورية.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) يراجع: الباب التمهيدي ومصادره.

السابع عشر الميلادي[1]، حيث اعتنقته التشريعات الحديثة[2]، فقررت الاكتفاء بتوافق الإرادتين ـ كقاعدة عامة ـ في إنشاء العقد والالتزام، بحيث إذا استوفت الإرادة شروطها التي وضعها القانون لذلك فقد ترتب عليها الأثر، دون الحاجة إلى إفراغها في شكل خاص كقاعدة عامة. فحرية التعبير عن الرضاء متروكة للعاقد نفسه، فلا يقيد القانون أحداً أن يكون تعبيره عن رضاه بشيء دون آخر، بل هذا التقييد غير وارد في التشريعات التي تسودها الرضائية، إلا إذا كان هناك ضرورة ملحة تقتضي تقييد بعض العقود ببعض التقيدات التي فرضتها طبيعة المعقود عليه[3]، فقد نصت المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو آخر، أو أكثر بفعل حق عيني، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل» كما نصت المادة (٨٩) من القانون المدني المصري على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد». ثم عمم في مادته (٩٠) وسائل التعبير عن الرضا لتشمل كل ما يمكن

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/١٧٩ ـ ١٨٠). ويقول مورانديه، المصدر السابق ص (١٧٩) بند (٣٠٦): «وكان القانون الروماني لا يعترف إلا بالعقود الشكلية... ثم اعترف بقدرة التراضي في العقود الأربعة مع بداية عصر الإمبراطورية، لكنه ظل هذا الإجراء بمثابة استثناء... وأما القانون في العصر الوسيط فكان متمسكاً أيضاً بالشكل الرسمي للعقد، وخف التزمت بدءاً من القرن الثالث عشر الميلادي... وكان هذا يتعارض مع التقاليد... وظل الأمر على هذا النحو حتى القرن السادس عشر حيث مالت الكفة لصالح التخفيف وذلك لدواعي الضرورات العملية، وانتشار التجارة، وبالتدريج ساد مبدأ صلاحية الاتفاق العرفي».

(٢) يراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/١٧٦)؛ ود. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام ص (٤٧)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٣٧)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٣٧)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٣٣)؛ ود. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط. أولى القاهرة ١٩٤٩؛ ود. الصدة، مصادر الالتزام ص (٥٦)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/١٨٥).
ويراجع: مارسيل، المصدر السابق ص (٦٦) بند (١٧٦)؛ومورانديه، المصدر السابق ص (١٧٩)؛ وجوسران، المصدر السابق بند(٤٣)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (٦/ بند ٩٥، ١٢٧، بند ٢٦/١٥٠٠٠)؛ وشيفاليه، المصدر السابق ص (٣٦)؛ وفهرس القانون المدني الفرنسي، الإعلان عن الإرادة القسم الثاني بند (٤٧)؛ وجينو جورلا، المصدر السابق ص (٨).

(٣) مارسيل، المصدر السابق بند (١٧٦)؛ وفهرس القانون المدني الفرنسي، ط. ١٩٧٨ قسم (٢) بند (٢٢)؛ والمصادر السابقة.

التعبير عنه به، وكذلك فعل القانون المدني العراقي في مواده (٧٣، ٧٧ ـ ٩٢) وذلك انطلاقاً من أن الأساس هو الرضا الحقيقي، فإذا ظهر بأية وسيلة فقد تحقق المقصود[١].

ثم إن الرضاء المزدوج (التراضي) إنما يتحقق إذا وجد رضاءان صحيحان، وأن يكونا متطابقين، وأن يتصل الثاني بالأول.

فهذه ثلاثة شروط ينبغي توفرها ليتحقق التراضي التي تترتب عليه الآثار القانونية، نذكرها بإيجاز:

أولاً: وجود رضاءين صحيحين توفرت فيهما شروطهما السابقة من جدية، وإدراك واتجاه نحو ترتيب الآثار، ثم إن هذين الرضاءين يسمى التعبير الواقع أولاً بالإيجاب، والتعبير الواقع في جواب الأول بالقبول.

فالإيجاب هو التعبير الصادر أولاً الموجه إلى طرف آخر لإنشاء أثر قانوني ولا بد أن يكون صريحاً واضحاً مفهوماً يتضمن العناصر الأساسية لما أقدم عليه، فإذا كان موجهاً لإنشاء البيع فلا بد أن يتضمن المبيع والثمن، وإذا كان موجهاً للإجارة فلا بد أن يكون متضمناً للعين المؤجرة، والأجرة، والمدة، وهكذا الأمر في بقية العقود[٢]. ولا بد أيضاً أن يكون جازماً يفهم منه بوضوح نية التعاقد، بأن لا يكون مسروداً بما يوحى أنه وعد. ويستشف قاضي الموضوع هذه النية من الظروف والملابسات التي تحيط عملية التعاقد دون رقيب عليه[٣].

ثم إن الإيجاب على ضوء القانون الفرنسي، والقانون المصري القديم لم يكن يتمتع بالإلزام حتى لصاحبه في ظل القانون الفرنسي والمصري القديم، غير أن القانون المصري الحالي في مادته (٩٣) اعتبره ملزماً بحيث لا يجوز للموجب العدول عنه في حالة اقترانه بمدة معينة يحددها ـ كما سبق ـ[٤].

---

(١) ويراجع: د. الحكيم، المصدر السابق.

(٢) فهرس القانون المدني بند (٢٢)؛ وشيفاليه، تعليقه على بعض القضايا الواردة بهذا الخصوص، المنشور في مجلة ثلاثة شهور للقانون المدني سنة ١٩٦٨، ص (٣٥٥)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٣).

(٣) بلانيول وريبير، المصدر السابق (٦/ بند ١٢٧)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٧٩)؛ ود. بهجت بدوي، المصدر السابق بند (٦٢).

(٤) وقد فسرت هذه الحالة في الفقه المصري باعتبارها أحد التطبيقات للإرادة المنفردة، كما سبق في =

ثم إن الإيجاب لا بد وأن يكون موجهاً إلى طرف لكنه لا يشترط أن يكون شخصاً واحداً، أو معيناً، بل يمكن أن يكون موجهاً إلى الجمهور، وحينئذ يستطيع أي شخص أن يتقدم إليه بالقبول بالشروط التي تضمنها العرض، لأن العارض لم يرتبط إلا في الحدود والشروط التي ذكرها، فالمالك الذي يعلن عن بيع أرض محددة بسعر يحدده يكون ملزماً به، وكذلك الأمر في عرض سلعة في نافذة المتجر مع بيان سعرها(1). لكن الإعلان في الجريدة عن سعر الإعلان، أو النشر يلزم مديرها بقبول السعر المطلوب لكنه يترك له الحق في طريقة النص المعروض عليه حيث إن نشر النص قد يترتب عليه مسؤولية شخصية، وكذلك إعلان ناشر أنه سينشر في طبعة فخمة الأعمال الكاملة لمؤلف لا يمنع من أن يوقف النشر بهذا الشكل حتى إزاء صاحب المكتبة الذي اشترى منه الجزء الأول من هذا الطبع، ثم إنه لا بد وأن نحسب الحساب للتعديلات التي يمكن للعارض أن يجريها في عرضه، فقد يشترط في إعلان

= المطلب السابق، غير أن هذه الحالة قد اعترف بها الفقه الفرنسي في ظل القانون الذي لا يعترف بالإرادة المنفردة، ومن هنا ثار الجدل في هذا الفقه من حيث التكييف فذهب جانب منه أن القوة الإلزامية للإيجاب حينئذ مكتسبة من خلال الإرادة المنفردة (مورانديه، بند ٣١٨؛ بودري ـ لاكانتنري وبارد/ جـ ١ بند ٣٣؛ ديموج، جـ ٢ بند ٥٥٩؛ كولان وكابيتان، جـ ٢ بند ٦٦). وقد أخذ على هذا الرأي بأن القانون الفرنسي لم يعترف بالإرادة المنفردة لكنه يمكن الجواب عنه، بأن ذلك لا يمكن أن يكون مانعاً للفقه من إحداث آراء جديدة. وكيَّف بعض آخر على أساس مبادىء المسؤولية التقصيرية، يقول مورانديه بند (٣١٨): «وقد أوضحت المحاكم الفرنسية مؤخراً ـ عند تفسير أحكامها ـ أن من يخل بارتباطه دونما سبب، أو دافع إنما هو من قبيل إساءة استخدام الحق، ومن ثم فإن ذلك يعتبر إخلالاً مدنياً أو خطأ مدنياً». وقد اعترض البعض (د. بهجت بدوي، بند ٦٦) على هذا الرأي بأنه يتضمن مصادرة على المطلوب، لأن الرجوع عن الإيجاب لا يعتبر خطأ يقيم مسؤولية الموجب إلا إذا كان هذا الأخير ملتزماً ابتداء بعدم العدول عن إيجابه. وذهب بعض آخر إلى أن الإيجاب المقترن بمهلة يتضمن في الواقع إيجابين أحدهما رئيسي يتضمن عرضاً لإبرام العقد، والآخر ثانوي يتضمن مهلة للتفكير في العرض، ويعتبر سكوت الموجه إليه على هذا الإيجاب الأخير قبولاً له، لأنه يتمحض لمصلحته، فيقوم بين الطرفين عقد ينشأ عنه التزام الموجب بعدم العدول عن إيجابه خلال تلك المدة (بوفنار، الملكية والعقد ص ٤٧٩؛ ومارسيل، المصدر السابق بند ٣٣٤). ويراجع: مورانديه بند (٣١٨). ويؤخذ على هذا التكييف أنه يقوم على افتراض لا يتفق في العادة مع حقائق الحياة (بودري ـ لاكانتنري، المصدر السابق نفسه المشار إليه في د. محمود جمال الدين، ص ٨٠).

(1) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٢٦٤)؛ ود. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام ص (٢٦٦)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٤).

لاحق لإعلانه الأول أن يصل إليه القبول بطريقة مخصوصة، فيكون القبول الواصل إليه على غيرها باطلاً[1].

ثم إن الإيجاب الذي لم يقترن بمهلة ينتهي مفعوله إذا انتهى مجلس التعاقد دون أن يتصل به القبول، أو رجع عنه قبل ذلك، وأما الإيجاب المقترن بمهلة فهو يشمل حالتين: حالة تحديد الموجب مدة محددة للماثل أمامه فحينئذ ينتهي إيجابه بمجرد انقضائها، أو أن يرفضها الآخر، وحالة إرسال الإيجاب عن طريق الرسالة أو البرق أو نحوهما إلى شخص آخر فهذا الإيجاب، وكذلك القبول يحتاجان إلى فترة، ولذلك لا يمكن اتصالهما إلا إذا قلنا بأن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة الضرورية لوصول إيجابه إلى الآخر وتلقيه الرد عن هذا الإيجاب ولذلك اعتبر الفقه المصري اعتماداً على المادة (٩٣ م.م) الإيجاب الموجه إلى غير حاضر مقترناً بأجل في جميع الأحوال ـ أي ملزماً للموجب لمدة معينة تتحدد بالوقت الكافي في الظروف المعتادة ـ فحينئذ ينتهي الإيجاب بانتهاء المدة المعقولة لوصول الإيجاب إلى الآخر وقبوله إليه[2]، كما أن الإيجاب يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اتصاله بالقبول[3].

وأما القبول فهو التعبير الصادر ممن يوجه إليه الإيجاب الذي يفهم منه رضاه بالعرض الذي قدم إليه سواء كان صريحاً أو ضمناً حتى ولو كان سكوتاً في بعض الأحيان ـ كما سبق ـ ومن هنا يمكن القول بأنه إذا كان كل من الإيجاب والقبول يحتاج إلى التعبير لكن التعبير عن الرضا بالقبول أوسع مدى من الإيجاب حيث يتم بالسكوت وبتنفيذ العقد، وبمجرد الإذعان في حالات خاصة[4].

---

(١) فهرس القانون المدني الفرنسي، ط. ١٩٧٨ جـ(٢) بند (٢٩...).

(٢) يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية (٣٦/٢)؛ ود. محمود جمال الدين ص (٨١ـ ٨٢)؛ وبلانيول وريبير (٦/ بند ١٣٤)؛ ود. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام ص (٢٧٠)؛ ود. السنهوري، الوسيط (٢٦٤/١...).

(٣) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المصري ينص في مادته (١٢٦) على أن موت الموجب قبل اتصال إيجابه بالقبول لا يؤثر، لكنها عدلت. يراجع: د. السنهوري، الوسيط (٢٣٠/١ ـ ٢٣٤ بند ٨٢)؛ ود. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص (٢٧٨ ـ ٢٧٩)؛ وذكر أن بعض الفقه يقول بأن وفاة الموجب لا تسقط الإيجاب وأن ورثته يحلون محله في العلم بالقبول فينعقد العقد معهم وينفذون العقد في حدود ما تلقوه من أموال عن مورثهم. وقد ذكر جوسران: بند (٤٨) أن المادة (١٥٤) من القانون الألماني تدل على أن العرض سيظل قائماً على الرغم من وفاة أحد المتعاقدين، أو في حالة فقدان الأهلية، أو في حالة الأيلولة إلى شخصية معنوية.

(٤) د. السنهوري، الوسيط (٢٨١/١ ـ ٣٠٣).

ثم إن من وجه إليه الإيجاب لا يكون ملزماً بالقبول كقاعدة عامة، غير أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي كان قد نص في مادته (١٣٦) على أنه «يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب غير مشروعة» إلا أن هذا النص قد حذف، لكنه مهما كان من أمر فإن هناك بعض الظروف قد تفرض على الموجب أن لا يجوز له الرجوع إلا لسبب مشروع[1]. غير أن الفقه الفرنسي قد كيف هذه المسألة على أساس اعتباره موجباً لا مجرد موجه الدعوة إلى التعاقد يقول مورانديه: «من ناحية المبدأ في حالة ما إذا كان العرض مقدماً لجهة رسمية لا يستطيع من تقدم بالعرض أن يتراجع، أما في حالة العقود الشخصية فهناك العرف السائد، وطبيعة العقد ذاته، وتقدير الشخص المتعاقد ذاته، والفقه يعترف بنظرية إساءة استخدام الحق ويقدر احتمالات الخطأ عقب صدور العرض ممن يملكه، ويجيز رفض التعاقد لأسباب، مثلاً صاحب العمل له حق اختيار من يعمل لحسابه وأحياناً تتدخل القوانين للحد من حرية العارض، ولذلك نرى على سبيل المثال أن المادة (٣٧) من قانون ٢٤ يونيه ١٩٥٨ المعدل لمرسوم تحديد الأسعار الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٤٥ قد وضعت ضوابط لرفض البيع من جانب التجار»[2]، ولا يخفى أن التكييف المصري أفضل من هذا التكييف وذلك، لأن الإيجاب إنما يتم إذا كان صريحاً وباتا بخلاف القبول ـ كما سبق ـ.

---

(١) يقول الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/٢٧٦): «والتطبيقات العملية بهذا النص كثيرة فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه كالتجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابها للطارق... فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع». وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم بقولها: «وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله... وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التعسفي، فمثل هذا الرفض يرتب مسؤولية لا شك فيها، فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً، ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك». مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/٥٤).

(٢) موارنديه، المصدر السابق بند (٣١٧). ويراجع في نفس المعنى: جوسران، المصدر السابق بند (٤٧، ٤٨).

ثانياً: التطابق بين الإيجاب والقبول وذلك بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب في كل عناصره وشروطه، فإذا حصل الاختلاف لم يتم الارتباط، وبالتالي لم ينشأ عنه التزام، لكن ذلك لا يعني الاتفاق الكامل على كل شروط المعاملة سواء كانت أساسية أم مسائل ثانوية، بل يكفي لقيام العقد وتحقق إلزامه اتفاق الطرفين على المسائل الأساسية، وترك المسائل القانونية للاتفاق عليها في وقت لاحق[1]، وهذا ما تنص عليه المادة (٩٥) من القانون المدني المصري إذ تقول: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام الخلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة». وهذه الأحكام التي تناولتها هذه المادة كما تبدو من صياغتها لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، فعلى هذا إذا تعارض هذا التفسير مع إرادة المتعاقدين بأن اشترطا صراحة، أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التي احتفظ بها وجب احترام هذه الإرادة بحيث لا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق عليها[2].

فالرضاءان لا يتم التزاوج بينهما إلا إذا كان الرضا الصادر ثانياً يكون موافقاً للرضا الأول موافقة تامة، أي لا يحصل خلاف بينهما فيما ذكراه، أما إذا لم يذكرا بعض التفاصيل الثانوية فتسري عليها القواعد العامة، مثل مصارف نقل الملكية، ونحوها بالنسبة للبيع، أو أجرة الحارس بالنسبة للإيجار، غير أنه إذا اتفقا على المسائل الجوهرية، ولم يصلا إلى اتفاق بشأن بعض المسائل الثانوية، لكنهما اتفقا على تركها لما بعد فحينئذ أما أن يشترطا: أن العقد لا يتم إلا بالاتفاق عليها فيكون العقد معلقاً انعقاده على الاتفاق الكامل عليها، أما إذا لم يشترطا ذلك، بل تركاها فيتم العقد من حين اتصال القبول بالإيجاب، ويعود الأمر حين النزاع عليها إلى قاضي الموضوع ليبت فيها حسبما تقتضيه أحكام القانون، وقواعد العرف والعدالة، وقد يثور التساؤل حول هذا الموضوع بناء على أن هذا الأمر يخرج عن مهمة القاضي المألوفة حيث إن دوره ـ كقاعدة عامة في العقود ـ يقتصر على التفسير في حين أنه قد ساهم هنا في صنع العقد، غير أن هذا التساؤل يتلاشى إذا أدركنا أن القانون يفترض في مثل هذه المسائل أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى إبرام العقد حتى ولو لم يتفقا عليها، وذلك لأنها

---

(١) راجع المصدر السابق.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (٢/٤٦ ـ ٤٧).

مسائل ثانوية لو كان لها أهمية كبيرة لكانا قد اشترطا أثناء التعاقد أن عدم التوافق عليها يكون إلغاء للعقد(١)، وإلا فالقانون يحرص على هذا التوافق أشد الحرص حيث يعتبر أي مخالفة بهذا الخصوص. سواء كانت بالزيادة، أو النقص، أو التعديل - رفضاً للتعاقد، فيكون متضمناً إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الآخر فقد نصت المادة (٩٦ م. م) على أنه: «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب، أو يقيد منه، أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً»، فعلى هذا إذا سقط الإيجاب بأي وسيلة سواء كان ذلك نتيجة المخالفة بينه وبين القبول أو بانتهاء موعده، أو بفض مجلسه، ثم حصل من الطرف الثاني جواب فإن هذا الجواب لا يكون قبولاً بل هو إيجاب جديد يحتاج إلى قبول من الآخر(٢).

ثالثاً: اتصال القبول بالإيجاب وذلك يتضمن بقاء الإيجاب، ووجود محمل يحلان فيه، ومجلس ينصهران فيه، وهذا ما يسمى بمجلس العقد كما نصت على ذلك المادة (٩٤ م. م) حيث تقول:

«١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢ - ومع ذلك يتم العقد ولم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد».

ثم إن مسائل مجلس العقد في القانون المدني المصري مأخوذة من الفقه الإسلامي، وذلك لأن الفقه الفرنسي - كما يقول الأستاذ السنهوري - لم يعالج هذه المسألة علاجاً خاصاً(٣) في حين أولاها الفقه الإسلامي عناية بالغة، فقد استقت هذه المادة أحكامها من المذاهب الحنفية والمالكية والحنابلة حيث لم تشترط الفورية في القبول، بل يمكن أن يتحقق ما دام مجلس العقد قائماً على عكس التقنينات الحديثة

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٧٧)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٢١٦ - ٢١٨). ويراجع: مورانديه، المصدر السابق بند (٣١٩، ٣٢٠)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٣٢٥)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٧، ٤٨)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (٦/١٤١، بند ١٢٦...).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٧٠).

(٣) د. السنهوري، مصادر الحق (٢/٦).

التي اشترطت الفورية ـ كما هو مذهب الشافعية ـ كما سبق[1].

يقول الأستاذ السنهوري: «ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً، ولم تعد الفورية في القبول لازمة بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقد بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه»[2].

مجلس العقد بين الغائبين:

إن تحديد مجلس التعاقد بين الغائبين قد يثير بعض المشاكل والغموض نظراً لوجود المسافة الزمنية والمكانية بين الإيجاب والقبول، ووصول القبول إلى علم من وجه الإيجاب إليه في حين أن مجلس التعاقد بين الحاضرين لا يصاحبه هذا اللبس والغموض، حيث يبدأ بتقديم العرض وينتهي بانتهاء المجلس نفسه، فيتم الانعقاد من لحظة توافق الرضاءين، غير أنه يثار التساؤل حول مجلس التعاقد بين الغائبين، ولحظة انعقاد العقد بينهما هل يتم ذلك بمجرد إعلان من وجه إليه القبولَ، أم أن ذلك لا يكفي بل يحتاج إلى وصول القبول إلى علم من وجه إليه؟ كما أن معرفة لحظة الانعقاد ـ وبالتالي مكانه ـ لها أهمية كبيرة لا تنكر، يقول جوسران: «وأهمية تحديد لحظة نشأة العقد مهمة حيث يتحدد بناءً عليها اللحظة التي لا عودة فيها عن العرض، أو القبول، وكذلك يتحدد بدء سريان العقد وكذلك يتحدد مكان الحق والاختصاص، كما أن مكان نشأة العقد مهم من وجهة النظر القانونية نظراً للاختصاص القضائي. . .»[3].

ثم إن المعيار في الغائب والحاضر هو الاختلاف الزمني بين فترة الإيجاب، وفترة القبول، فإن كانا في زمن واحد ـ باعتبار المجلس ـ فهو تعاقد بين الحاضرين، وإلا فتعاقد بين الغائبين، أما الاختلاف المكاني فعنصر غير فعال في التفرقة بينهما بخصوص الانعقاد، وذلك لأنه قد يختلف مكان العقد عن زمانه في بعض الفروض مثل التعاقد بالتليفون، أو المناداة من بعيد مع أن ذلك لا يخرجه عن كونه تعاقداً بين الحاضرين بالنسبة للانعقاد ومجلس التعاقد، أما بالنسبة للأحكام التي تتعلق بمكان العقد فإن اختلاف المكان له أثر، وهذا ما أقره المشروع التمهيدي المصري حيث نص في مادته (١٤٠) على أنه: «يعتبر التعاقد بالتليفون، أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين

---

(١) يراجع: الفرع الأول من هذا المطلب.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٧٣).

(٣) جوسران، المصدر السابق بند (٥١) ص (٢٩).

حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان» لكن هذه المادة حذفت لوضوح حكمها[1]. والفقه في فرنسا أيضاً ـ كما يقول جوسران ـ على أن التعاقد بالتليفون يعتبر تعاقداً بين الحاضرين غير أن بعض الشراح اعتبروه عقوداً بين الغائبين، لكن هذا الرأي لم يسلم من انتقاد[2].

ولم يتفق الفقه الحديث في التعاقد بين الغائبين على رأي واحد، بل تفرعت عنه أربع نظريات:

١ ـ نظرية إعلان القبول التي تتجسم في أن العقد يتم بين الغائبين بمجرد إعلان القبول، فمن إيجابيات هذه النظرية أنها سارية على ضوء القواعد العامة، فالعقد هو توافق الإرادتين فعلى هذا إذا تم هذا التوافق فقد تم العقد، فاشتراط شيء آخر غير هذا ـ كعلم الموجب ونحوه ـ زيادة على مفهوم العقد.

٢ ـ نظرية تصدير القبول. وهي تتفق مع الأولى في الاكتفاء بإعلان القبول لكنها تشترط أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه وذلك بأن يكون من صدر عنه القبول

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في توضيح هذه المادة: «. . . فالتعاقد بالتليفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين، لأن الفارق الزمني بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم، أو هو في حكم المعدوم فليس للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية علمية، لأنهما شيء واحد، وتقريعاً على ذلك يعتبر التعاقد بالتليفون تاماً في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله، وهذا الوقت بذاته هو الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ويترتب على إعطاء التعاقد بالتليفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله، ولم يصدر القبول فور الوقت تحلل الموجب من إيجابه. . .» مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/٥٢ ـ ٥٣). ويراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/٣٠٦).

(٢) يقول جوسران، بند (٥٤ ص ٣١): «وهذه الخاصية ـ أي وجود المحادثة والحصول على طلبات فورية ـ تبدو لنا حاسمة، ولذلك فالرأي أن العقود بالتليفون تعتبر عقوداً بين حاضرين، ومع ذلك ينبغي الاعتراف بأن هذا الحل يثير صعوبات كثيرة وكبيرة من حيث إثبات مكان استكمال أركان العقد. . . وهذا ما يدعو بعض الشراح إلى اعتبار أن العقود بالتليفون هي عقود بين غائبين، وهذا الرأي ليس نهائياً ولا حاسماً فهناك صعوبة في انفراد كل طرف في الحديث في مجاله، والمسألة على كل حال دقيقة، والقول بتفضيل نظرية الكشف عن الإرادة لا تلقى نجاحاً في حالة العقود بالتليفون بنفس القدر الذي يناسب العقود بالمراسلة. والفقه لا يتفق على رأي محدد». ومن الجدير بالتنبيه عليه أن نوع التعبير كالمراسلة لا يؤثر في هذا الخصوص فالتعاقد بالمراسلة بين الحاضرين كالتعاقد بالكلام. جوسران بند (٥٢). ويراجع: مارسيل، بند (٣٦٤) ص (١٣٤).

قد أرسله فعلاً إلى الموجب بحيث لا يملك رده بأن كان قد ألقاه في صندوق البريد، أو بعث البرقية فعلاً، أو أرسل شخصاً فخرج فعلاً إليه.

ويؤخذ على هذا المذهب أن هذا الشرط غير مفهوم على ضوء الاعتراف بقدرة القبول على إتمام العقد، فمجرد التصدير لا يزيد القبول قوة إن كان قد تم به العقد، ولا يعطيه قوة إن لم نعترف بقوته، كما أن تصدير القبول بالبريد لا يسلم بأنه نهائي، لأنه يمكن استرداده كما تقضي به لوائح كثير من البلاد، والكتاب ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه[1]، وكذلك الأمر في الرسول حيث يمكنه أن يبعث عليه فوراً حتى بعد بدئه بالذهاب إلى المرسل إليه فيسحب قبوله.

٣ ـ نظرية تسليم القبول، وهذه النظرية تتفق مع النظرية الثانية لكنها تزيد عليها بأن يصل القبول من خلال الرسالة أو البرق إلى المرسل إليه فعلاً، فإذا وصل إليه فقد تم العقد سواء علم الموجب أو لم يعلم، ويرد عليها ما ورد على النظرية الثانية وذلك لأن الوصول دون علم الموجب بمحتواه لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية، وأما إذا كان اشتراطها الوصول لاعتباره قرينة على العلم فيكون الأساس حينئذ العلم بالقبول، فتفقد هذه النظرية استقلالها وتختلط بنظرية العلم بالقبول.

٤ ـ نظرية العلم بالقبول: وهي لا تكتفي بإعلان القبول ولا بالتصدير، ولا بالتسليم، وإنما لا بد أن يصل القبول إلى علم الموجب فحينئذ تكون لحظة انعقاد العقد تبدأ حين علمه به[2].

والخلاف بين هذه النظريات الأربع ليس لفظياً لا يترتب عليه أثر قانوني، بل هو خلاف جوهري تترتب عليه آثار كثيرة وإن كان الفرق بين الأولى والثانية ضئيلاً وكذلك الفرق بين الثالثة والرابعة، ومن هذه الآثار على سبيل المثال ـ أنه إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول فقط وقبل علم الموجب به، فإن العقد يتم على ضوء نظرية الإعلان، ولا يتم على ضوء نظريات العلم والتصدير والتسليم، ففي المثال نفسه إذا صدر القبول إلى الموجب لكنه لم يسلم ولم يصل إلى علمه فقد تم العقد على ضوء نظريتي الإعلان، والتصدير، ولم يتم على ضوء نظريتي التسليم والعلم، وفي المثال نفسه إذا صدر القبول وسلم إلى الموجب لكنه لم يطلع

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٣٠٩).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٣٠٩)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٥٢) ص (٣٠)؛وموراندیه بند (٣٢١).

عليه فقد تم العقد على ضوء نظريات الإعلان، والتصدير، والتسليم، لكنه لم يتم على ضوء نظرية العلم[1] وقبل انعقاد العقد على ضوء هذه النظريات يكون للموجب الحق في الرجوع كقاعدة عامة[2].

ونحن هنا نذكر مواقف الفقه والقانون في فرنسا ومصر والعراق وإنجلترا حول هذا الموضوع بعد أن ذكرنا موقف الفقه الإسلامي فيما سبق.

أما موقف القانون الفرنسي بهذا الخصوص فلا يوجد نص حسم هذا الموضوع ولذلك اختلف فيه الفقه الفرنسي بحيث يمكن القول بوجود النظريات الأربع فيه، لكن الرأي الفقهي الذي استقر في فرنسا منذ فترة طويلة ـ كما يقول جوسران وغيره ـ هو تفضيل نظرية العلم بنشأة التعاقد[3]، وهذا ما تأخذ به المحاكم الفرنسية[4]، ويستند هذا الرأي على بعض نصوص القانون المدني الفرنسي، مثل المادة (٩٣٢ م. ف) التي تقضي بأن الهبة تسري ليس من تاريخ قرار الواهب، ولكن من تاريخ قرار المستفيد بالهبة من قبولها، ومن هنا يستنبط بأن العقد لا ينشأ إلا حينما يتم علم الموجب بإرادة القابل[5]، كما هو الحال في التعاقد بين الحاضرين حيث لا بد أن يحصل علم المتعاقدين بالإيجاب والقبول: غير أنه يمكن توجيه النقد إلى هذا الرأي بأن مسألة الهبة لا يقاس عليها لما لها من خصوصية حيث هي من العقود الشكلية. كما أن طبيعة التعاقد بين الحاضرين تختلف بالاتفاق عن التعاقد بين الغائبين.

غير أن الرأي الحديث يكاد ينبذ نظرية العلم، ويتجه ـ في الغالب ـ إلى تفضيل نظرية الإعلان عن القبول عليها، وقد استند أنصار هذه النظرية ـ كما يقول موراندیه ـ

---

(١) وقد ذكر الأستاذ السنهوري وغيره نتائج كثيرة ترتبت على هذه النظريات الأربع. يراجع: الوسيط (٣١١/١)؛ وجوسران، المصدر السابق بند(٥٢)؛ ودورما، المصدر السابق بند (١٩).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) جوسران، المصدر السابق بند (٥٢)؛ وموراندیه، المصدر السابق بند (٣٢١)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٣٦١ ـ ٣٦٦)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٠/٦).

(٤) منها حكم محكمة ليون في قضية نظرتها في ٢٧ يونيه ١٨٦٧ المذكور في داللوز القضاء (١٨٦٧ ـ ٢ ـ ١٩٣)، وقضية أخرى نظرتها محكمة بوردو في ١٨٩٢/١/٢٩ مذكورة في داللوز القضاء (١٨٩٢ ـ ٢ ـ ٣٩٠).

هذا وقد أخذ بنظرية العلم التقنين الألماني في مادته (١٣٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي في مادته (٢). ويراجع: جوسران: بند (٥٣)، ود. السنهوري: الوسيط (٣١٣/١).

(٥) موراند، المصدر السابق بند (٣٢٢).

إلى المادة (١١٢١ م ف) التي لا تتطلب في إنشاء العقد ضرورة الإبلاغ وإحاطة صاحب العرض كما يستندون إلى المادة (١٩٨٥ م.ف) التي تسمح بقبول التفويض الضمني[١]. وبالإضافة إلى ذلك فد استندوا إلى الأسباب الآتية:

١ ـ إن التماثل بين جميع الجهات بين عقود الحاضرين وعقود الغائبين أمر غير عملي، وذلك لاختلاف طبيعة التعاقد في كل منهما، ثم إنه قد لا يتسنى الجزم بأن رضاء الطرفين الغائبين قد انعقد، أو وافق أحدهما الآخر حتى لو اشترطنا العلم، يقول جوسران: «وقد تثور مسائل تتعلق بسريان العرض، أو عدم وصول رسائل التصديق وما إلى ذلك، ولذلك من رأي الفقيه (Kant) أن العقد العرفي، أو الضمني بين الغائبين غير جائز»[٢].

٢ ـ وهناك صعوبة لا يمكن إنكارها في التأكد من العلم بإتمام العقد بطريقة معقولة، إذا قلنا بغير نظرية الإعلان، فليس من الميسور معرفة لحظة إرسال الخطاب، أو الرسالة وما يترتب على ذلك من ضرورة التثبت من ختم البريد من مصلحة البريد.

٣ ـ إن الأخذ بنظرية الإعلان من شأنها كسب الوقت، حيث إن العقد ينشأ بمجرد إعلان القبول، في حين أنه على ضوء نظرية العلم ينبغي انتظار ورود الموافقة إلى علم الموجب، وقد يستدعي ذلك انتظار أياماً، بل أسابيع[٣]، وفي ذلك تأخير قد يترتب عليه إضرار للطرفين أو لأحدهما.

هذا وقد دعم هذا الموقف بعض الأحكام القضائية منها قضية نظرتها محكمة ليون في ١٨٩٢/٤/١٢[٤]. ويقول جوسران: إن محكمة النقض تتجنب أن تصدر أحكامها في هذا الموضوع، وينحصر اختصاصها في رقابة تنفيذ مواد القانون (قضية ١٩٢٣/١/٢٩)[٥]، وهذا موقف يتسم بالحذر ويجوز مناقشته، . . . ويمكن القول بأنها تميل إلى نظرية الإعلان عن توافق إرادتي المتعاقدين»[٦]. وهذا الميل قد تجسم إلى

(١) موراندیه، المصدر السابق بند (٣٢).
(٢) جوسران، المصدر السابق بند (٥٣).
(٣) جوسران، المصدر السابق بند (٥٣) ص (٣٠).
(٤) المذكورة في داللوز القضاء (١٨٩٣ ـ ٢ ـ ٣٢٤). ويراجع: جوسران، المصدر السابق بند (٥٣).
(٥) المذكورة في داللوز القضاء (١٩٢٣ ـ ١ ـ ١٧٦).
(٦) جوسران بند (٥٣)، وكانت محكمة النقض تقضي بأن مسألة لحظة انعقاد العقد مسألة موضوعية يرجع فيها إلى نية المتعاقدين.

الواقع والتقرير فيما بعد حيث يقول موورانديه: «وفي مدلول القانون قررت محكمة النقض بقرارها رقم ٩٢ في قضية نظرتها في ١٩٣٢/٢/٢[١]، الاعتداد بالرضا والقبول من لحظة صدوره، ورفضت المحكمة المدنية عدة قرارات تتعلق بالتمسك بنظام الاعتداد بالموافقة من تاريخ الإحاطة، . . . وكذلك هناك قرارات أخرى تتجه نحو اعتبار العقد ـ بقرار من المحكمة ـ صالحاً من تاريخ صدور الموافقة، منها قضية تجارية في ١٩٥٤/٧/٢٠[٢]، وقضية أخرى[٣] في ١٩٦٥/٣/٣»[٤]، وفي قضية أخرى تم التعاقد فيها بالمراسلة بين شركة تأمين كان مقرها في باريس، ومفتش كان يسكن (جونات، من أحد الأقاليم الفرنسية) فثار النزاع حول المحكمة ذات الاختصاص، والنزاع في ذلك يعني النزاع في زمان ومكان انعقاد العقد، فقررت دائرة العرائض المدنية بتاريخ ١٩٣٢/٣/٢١ «أن العقد كان قد تكون في المكان الذي أعلن فيه القبول»[٥]. فعلى هذا إن القبول يكفي لتشكيل العقد دون الحاجة إلى علم الموجب به وهذا هو عين نظرية الإعلان عن القبول، غير أن هذا القرار المذكور لدائرة العرائض لم يصبح ـ كما يقول مارسيل ـ مبدءاً وقاعدة عامة[٦].

وأما الفقه المصري فكان في ظل القانون القديم الذي لم يشتمل على نص في هذا الموضوع حائراً بين الأخذ بنظرية الإعلان، أو نظرية العلم[٧] كما كان القضاء منقسماً بينهما[٨].

وأما التقنين الحالي فقد حسم الموقف لصالح نظرية العلم بالقبول حيث نص في

---

(١) المذكورة في داللوز القضاء (١٩٣٣ ـ ١ ـ ٦٥).

(٢) مذكورة في مجلة: J.C.P. سنة ١٩٥٥ عدد ٨٧٧٥.

(٣) مذكورة في داللوز القضاء (١٩٦٥ ـ ٤٩٢).

(٤) مورانديه، المصدر السابق بند (٣٢٣).

(٥) المذكورة في: مارسيل، المصدر السابق ص (١٣٤) بند (٣٦٣).

(٦) مارسيل، المصدر السابق بند (٣٦٣).

(٧) فكان الأساتذة السنهوري، نظرية العقد بند (٣٠٤)؛ ود. حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق ص (١١١؛ ود. أحمد حشمت أبو تستي، المصدر السابق ص (٨٩)، يأخذون بنظرية العلم بالقبول.

في حين اتجه آخرون إلى الأخذ بنظرية الإعلان. يراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/٣١٤ ـ ٣١٦).

(٨) وقد ذكر الأستاذ السنهوري عشرات القضايا في الأخذ بكل واحدة من النظريتين. الوسيط (٣١٦/١).

مادته (٩١) على أنه: «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». بل لم يكتف بهذا النص العام وإنما ذكر أحد تطبيقاته في نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين، حيث نص في مادته (٩٧) على أنه: «١ ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق، أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

٢ ـ ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه هذا القبول».

ويظهر لي أن هذه المادة يمكن الاستغناء عنها بما ذكرته المادة (٩١) إذ لا تتضمن حكماً زائد عليها سوى قضية الاستثناء التي يمكن إدخالها في المادة (٩١) من خلال زيادة هذا الاستثناء عليها، أو أن هذا الاستثناء مفهوم من خلال القواعد العامة القاضية بحرية المتعاقدين في اشتراط الشروط، بل إن هذه المادة يشم منها نوع من التذبذب من حيث الظاهر حيث تقضي الفقرة الأولى بكل صراحة بالأخذ بنظرية العلم بالقبول، في حين أن الفقرة الثانية منها جاءت بما يقرب الأخذ بنظرية تسليم القبول، فافتراض علم الموجب بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه هذا القبول ـ مطلقاً كما يظهر من النص ـ ليس إلا نظرية تسليم القبول، ولذلك اضطر الأستاذ الكبير السنهوري في معرض دفاعه عنها إلى القول بأنه لا يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة (٩٧) على أن الحكم الذي أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ، فيكون وصول القبول قرينة على العلم به، وهي قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني، ولكنها قرينة غير قاطعة فيجوز إثبات العكس»[١]. إذن فهذا اعتراف بأن الفقرة الثانية يفهم منها حكم آخر إلا إذا فسرناها على ضوء ما تقضي به المادة (٩١) فتكون الأخيرة قاضية عليها، فعلى هذا فالأولى الاكتفاء بذكر ما تضمنته المادة (٩١) مع إضافة استثناء اتفاق العاقدين على تعيين الزمان والمكان لانعقاد العقد، والنص القانوني إليها.

وأما القانون العراقي فقد أخذ هو الآخر بنظرية العلم بالقبول في التعاقد بين الغائبين[٢]، حيث ينص في مادته (٨٧) على أنه: «١ ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٣١٧/١).

(٢) يراجع: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١٢٦/١)؛ ود. الحكيم، المصدر السابق (٨١/١).

تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح، أو ضمني، أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

٢ ـ ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما».

فهذه المادة ـ كما نرى ـ مطابقة تمام التطابق مع ما تقضي به المادة (٩٧م .م).

وأما القانون الإنجليزي فقد أوجب على القابل أن يوصل قبوله إلى الموجب فقد صرح الفقه الإنجليزي بأن القاعدة العامة المستقرة في القضاء الإنجليزي تقتضي وجوب إحاطة العارض بقبول العرض ما لم يكن هناك اتفاق على التنازل عن الإحاطة[١]، وعلى هذا نرى القضايا قديماً وحديثاً منها على سبيل المثال قضية في سنة ١٨١٣[٢]، وقضية في سنة ١٩٧٤[٣]، وقد برر الفقه هذا الموقف: بأنه من الصعب إثبات ما يتعلق بقرار القبول إذا لم يبلغ، فلا أحد مهما بلغت مهارته يستطيع التنبؤ بنية إنسان، وهذا ليس بالسبب الوحيد لهذه القاعدة، بل السبب الرئيسي للقاعدة المتاعب التي يلاقيها صاحب العرض إذا تم قبول عرضه بدون أن يدري بهذا القبول، فيتبع ذلك أن صاحب العرض لا يلزم بالقبول إلا إذا تم إبلاغه إليه بطريقة سليمة[٤]، يقول شيتي: «ويمكن القول: إن مجرد انصراف الذهن إلى القبول لا يكفي، بل لا بد من توافر الدليل على القبول، لذلك يشترط القانون ضرورة إبلاغ العارض بهذه الموافقة»[٥]، وقد صدرت بهذا المعنى عدة قضايا ففي قضية: (Carlill) ضد

---

(١) ولسون، المصدر السابق ص (٢٤)؛ وشيتي، المصدر السابق بند (٧٢) ص (٣٦)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٨٤)؛ وترايتيل، المصدر السابق ص (١٦). ويراجع مقال للبروفيسور (Wintield)، الوارد في مجلة L.Q.R. للقانون، عدد (٤٩٩/٥٥، ٥٠٣ ـ ٥٠٤) في سنة ١٩٣٩.

(٢) قضية:

(M. Iver V. Ricardson (1813) 1 M. S. 557).

(٣) قضية:

(Holwell Securities Ltd. V. Hushes (1974) 1 W.L.R. 155, 157).

(٤) ترايتيل، المصدر السابق ص (١٦، ١٧)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٣٦) بند (٧٢)؛ وولسون، المصدر السابق ص (٢٧).

(٥) شيتي، المصدر السابق ص (٣٦) بند (٧٢).

(Carbelic)[1] قررت المحكمة: «أنه عند التقدم بعرض من الضروري - وصولاً إلى عـقد ملزم - القبول، والإخطار بهذا القبول».

وقد اشترط القضاء الإنجليزي أن يصل التبليغ إلى الموجب من القابل نفسه أو بأمره ففي قضية: (Powell) ضد (Lee)[2] كان مجلس إدارة أحد معاهد التعليم قد قرر بأغلبية ضئيلة تعيين المدعي ناظراً، وقام أحد الأعضاء من الفريق المؤيد للتعيين بإخطار المدعي بقرار تعيينه، ولكن المجلس عاد فيما بعد فعدل عن قراره، ورفع المدعي دعوى تعويض، ولكنه لم ينجح في دعواه، فجـاء في حيثيات الحكم أن الإبلاغ بالموافقة كان يجب أن يصدر عن الجهة التي تملك تقديم العرض، وأن المجلس لم يكلف أحداً بالإبلاغ ولذلك يمكن القول ضمناً أن المجلس حفظ لنفسه الحق في العدول عن القرار.

هذا وإن من نافلة القول أن الإخطار بالقبول هو لمصلحة المتقدم بالعرض، إذن فله حق التنازل عنه إذا شاء، وأحياناً يأتي التنازل في صورة تصريح من العارض بأن الرد بالبريد يكفي. والقاعدة أنه في حالة الاتفاق على الإخطار بالبريد - مثلاً - فإن مجرد إيداع الرسالة في صندوق البريد مع الإثبات (مسجل بعلم الوصول) يكفي ويصبح العارض ملزماً بهذا القبول حتى ولو لم يتسلم الرسالة[3]. ثم إذا اشترط الموجب أن يكون القبول عن طريق البريد فهل للقابل حرية اختيـار إرسال الـرد مع رسـول مخصوص؟ يقول شيتي: «الرأي أن هذا الحق مكفول، والالتزام النصي، أو الحرفي ليس ضرورياً بشرط أن لا يختار المعروض عليه وسيلة من شأنها تأخير الإبلاغ بالرد، فإذا حدث تأخير فإنه يكون هو المسؤول عنه»[4]، وذلك لأنه يحمل في الأكثر غرض الموجب بهذا الشرط على سرعة وصول الرد إليه، ولهذا لا يؤثر في مخالفة هذا الشرط إلا تأخير الإبلاغ بالرد ففي قضية (Tinn) ضد (Hoffman)[5] كان الموضوع هو

---

(١) قضية رقم:

((1893) 1 Q.B. 256, 262).

(٢) قضية رقم:

((1908) 99 L.T. 284).

(٣) شيتي، المصدر السابق ص (٣٧).

(٤) شيتي، المصدر السابق ص (٣٨) بند (٧٤).

(٥) قضية رقم:

((1873) 29 L.T. 271).

الإخطار بالقبول، وكان المنهج المحدد بالعرض أن يكون الإخطار بالبريد، لكنه لم يتم القبول فيه بالبريد، فكان من رأي القاضي (Honeyman) جواز الرد برقياً، أو شفهياً أو بأية وسيلة أخرى لا تستغرق أكثر من المدة التي يستلزمها الرد بعودة البريد»[١]. وفي قضية أمريكية[٢] شبيهة بهذه القضية كان مقدم العرض قد طلب أن يكون الرد مع مخصوص، ولكن المعروض عليه أرسل الرد بالبريد اعتقاداً منه أن ذلك أكثر مناسبة، ولكن تأخرت الرسالة في البريد إلى ما بعد الموعد الذي توقع فيه صاحب العرض أن يتلقى الرد، فقضت المحكمة أن المعروض عليه مسؤول وأن العارض في وسعه رفض القبول إزاء هذا التأخير. فعلى هذا لو لم يحصل التأخير بأن جاء الرد فوراً لكانت للوسيلة المختارة لهـا كفاءة الوفاء بمتطلب سرعة الرد ولما استطاع صاحب العرض أن يرفض القبول لمجرد اختلاف وسيلة الإبلاغ.

هذا وقد ذكر الفقه عدة استثناءات للقاعدة العامة القاضية بوجوب إخطار العارض نفسه بالقبول، منها: الإبلاغ للوكيل بأن يخبر القابل وكيل الموجب بعرضه فحينئذ يكون لتبليغه أثر إذا كان الوكيل مخولاً من قبل الموجب، أما إذا لم يكن له التخويل في مثل هذه القضايا فليس لتبليغه إياه أي أثر[٣].

ومنها سلوك صاحب العرض بأن كانت الرسالة المتضمنة القبول قد أرسلت بالتلكس خلال ساعات العمل، ولكن لم يقرأها أحد في مكتب صاحب العرض على الرغم من تواجدها على آلة التلكس وبهذا المعنى وردت قضية حديثة[٤].

ومنها بعض حالات تقتضيها الأعراف التجارية بحيث يمكن الاستغناء عن شرط تبليغ القبول من مقتضى العرض نفسه على ضوء القواعد التجارية، مثلاً لو عرض (أ) توريد بضائعه لعميله (ب) ثم قبل العميل العرض، واستخدمها بدون إبلاغ هذه الحقيقة لصاحب العرض فقد تم العقد[٥]، وكذلك لو جاء العرض من جانب المشتري

---

(١) حيثيات القضية السابقة ص ٢٧٤، ٢٧٨.

(٢) هي قضية:

(Eliasen V. Henshaw (1819) 4 Wheaton 225, 228).

(٣) ترايتيل، المصدر السابق ص (١٧).

(٤) وهي قضية:

(The Brimnes, Tena X S. Co. Ltd. V. Brimnes Owners (1975) Q.B. 929).

(٥) وعلى هذا قضية:

(Weatherby V. Bannaw (1932) 5 C. and. P. 228).

بأن يطلب البضاعة من البائع فيرسلها له بدون إخطار مسبق بقبول العرض فقد تم العقد[١].

موقف القانون الإنجليزي من النظريات السابقة:

لقد ظهر من خلال العرض السابق أن القانون الإنجليزي - من خلال السوابق القضائية - يوجب إبلاغ القبول لصاحب العرض فهل هذا يعني عدم انعقاد العقد بالنسبة للغائبين إلا من حين العلم، أو من حين الإعلان، أو التصدير أو التسليم؟

يقول ترايتيل: «هناك حلول عديدة بالنسبة لهذه المسألة - أي القبول بالبريد - فمتى يكون للقبول بالبريد أثر؟ فيجوز أن يكون الأثر عندما تصل الرسالة إلى العارض بالفعل، أو بمجرد وصولها إلى عنوانه، أو بمجرد إيداع الرسالة صندوق البريد، وكل من هذه الحلول تواجهها اعتراضات على أساس من المناسبة، أو العدل، ولكن أياً منها لا يقدم نتيجة مرضية تماماً في حالة فقد الرسالة أو تأخيرها بالبريد»[٢]. فعلى هذا نجد كل النظريات السابقة موجودة في الفقه والقضاء الإنجليزيين لكن القاعدة العامة في القضاء الإنجليزي هي سريان الأثر من ساعة إيداع الرسالة صندوق البريد، فيكون له حجية من تاريخ الإيداع، وعلى هذا عدة قضايا[٣]، ويحتسب الوقت من لحظة وجود الرسالة في عهدة هيئة البريد، أو أحد موظفيها من المرخص لهم بتسلم الرسائل، أما تسليم الرسالة لساعي البريد المرخص بتوزيع الرسائل فلا يعتبر إيداعاً في صندوق البريد[٤]. ودلت بعض القضايا[٥] أن تبليغ الموافقة برقياً يحدث أثره بتسليم الرسالة البرقية لموظف البرق.

---

(١) وعلى هذا قضية:

(Port H.M. Co. V. Wohlers (1928) 207 Iowa 826, 221, N.W. 843).

(٢) ترايتيل، المصدر السابق ص (١٨).

(٣) قضية قديمة وهي:

(Henthorn V. Fraser (1892) 2 ch. 27, 33).

وقضية حديثة وهي:

(Treacy V. D. P.P. (1971) A. C. 537).

(٤) قضية:

(London V. Northern Bon (1900) 1 ch. 220).

(٥) قضية:

(Bruner V. Moore (1904) 1 ch. 305).

وقد ذكر الفقه[1] أسباب هذه القاعدة بأنها تكمن في أن صاحب العرض يجب أن يقدر أنه قد تقدم بعرضه اعتباراً من وجود العرض لدى هيئة البريد ويتم الاتفاق بالقبول بين الأطراف بمجرد إيداع القبول بالبريد، وقد يثور التساؤل حول فعالية هذه القاعدة طالما أن أي إثبات آخر يكشف النية في القبول يؤدي أيضاً إلى إثبات التعاقد، ثم إنه يمكن أن يتفق الطرفان منذ البداية على أن العقد لا يكتمل إلا بالتسلم الفعلي، أو نحوه، فالجواب عن هذا التساؤل يكمن في أن هيئة البريد تعمل لحساب الطرفين فتكون بمثابة الوكيل عن الطرفين فقد قال القاضي لورد (Denning): «عندما يتفق المتعاقدون أن هذه الوسيلة ـ أي التعاقد عبر البريد ـ تناسبهم تعتبر مصلحة البريد في هذه الحالة بمثابة وكيل لكلا الطرفين، ويكتمل العقد من لحظة إرسال الموافقة على العقد بالبريد»[2]. غير أن هذا التكييف القضائي غير مقنع في الواقع، إذ أن هيئة البريد هي مكلفة بنقل الإفادة بالقبول وليست مكلفة بتسلمه، فمجرد تسلم هيئة البريد الموافقة لا يعد في حد ذاته إتماماً للعقد، وكذلك من غير المنطقي ـ على حد تعبير ترايتيل ـ القول بأن محتويات رسالة مغلقة هي بمثابة تسلم هيئة البريد الرد بالموافقة[3]، وذلك لأنه ليس بوسع الهيئة أن تفتحها وتفهم ما تتضمنه، كما أنها لم تخول بأن تقوم بمثل هذه الأمور من قبل الطرفين، ولم يقبل كونها وكيلاً عن الطرفين.

وأخيراً ذكر الفقه سبباً آخر لتفضيل هذه القاعدة على غيرها وهو أنها تقلل من صعوبات إقامة الدليل على تبليغ القبول، لأنه من الأيسر إثبات أن هيئة البريد تسلمت الرسالة في حين أن إثبات بقية البدائل كإثبات وصول الرسالة إلى المرسل إليه ليس بهذه السهولة، بل من الميسور أن يثبت الأخير عدم وصولها إليه، أو تأخير وصولها إليه، ومن هنا فالقاعدة تحد من حق صاحب العرض في التخلص من عرضه، ووضعت نهاية معقولة لاكتمال العقد، ولذلك تقوم الحجية وينشأ الالتزام بمجرد الإيداع بالبريد على الرغم من أن القبول قد يصل إلى صاحب العرض بعد أن يكون قد سحب عرضه.

وقد يثور التساؤل حول مصير العقد إذا أودع المعروض عليه القبول في البريد،

---

(١) جاء ذلك نظر قضية:

(Entrore Ltd V. Miles For East Corporation (1955) 2 All. E. Reg. 493).

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (٢٤)؛ وترايتيل، المصدر السابق ص (١٩)؛ وشيتي، المصدر السابق ص (٣٩) بند (٧٧).

(٣) ترايتيل، المصدر السابق ص (١٩).

ثم ضاع الخطاب الذي يتضمن القبول، أو تأخر؟ لا شك أن الجواب على ضوء هذه القاعدة يكون: بأن العقد قد تمت أركانه بالإيداع، فحينئذ يضار المعروض عليه حيث يتصرف على ضوء أنه لا عقد بينهما، لأنه لم يصل إليه الجواب في وقت معقول في حين أن صاحب العرض يتصرف بأن العقد قد تم بينهما. فقد أجاب بعض الفقه عن هذا بأن صاحب العرض الذي يتعاقد عبر البريد لا بد أن يقبل مخاطر المراسلة بالبريد، وما يترتب عليه من تأخير، أو ضياع، لأنه بإمكانه أن يحمي نفسه من هذه المخاطر بنص صريح في عرضه، وهو أنه لا يقبل الالتزام إلا بتسلمه فعلاً الإفادة بالقبول[1]. فهذه التفسيرات في نظري غير مقنعة إذ ليس لإيداع الخطاب في البريد مزية سوى الإثبات مع أن كلامنا في الانعقاد، وحتى الإثبات ليس بمحصور في التسجيل بالبريد، بل هو متاح بشتى الوسائل، كما أنه يمكن أن القابل يدع الخطاب في البريد دون أن يسجله.

فعلى هذا فالقاعدة العامة في القضاء الإنجليزي بالنسبة للرد بالبريد أو البرق هي اعتبار نظرية تصدير القبول، وأن العقد يتم لحظة إيداع الخطاب والبرق في مكتب البريد، ويرجع تاريخ هذه القاعدة - كما يقول شيتي[2] - إلى سنة ١٨١٨ م بمناسبة قضية (Adams) ضد (Lindsell)[3]، التي تتلخص وقائعها في أن المدعي عليهم قد كتبوا في ٩/٢ إلى المدعين يعرضون عليهم بيع كمية من الصوف، مع الرد بالبريد، ووصلت الرسالة في ٩/٥، فحرر المدعون الرد في نفس اليوم، فوصل المدعي عليهم في ٩/٩، وكان في ظنهم أنهم سيتسلمون الرد في ٩/٧، فعلى هذا الأساس باعوه في ٩/٨، فقضت المحكمة أن العقد قد تم بقبول المدعين الصفقة وتحريرهم الخطاب وإيداعهم إياه في البريد أي في يوم ٩/٥.

وهكذا استقرت الأحكام القضائية على أساس الاعتداد بتاريخ إرسال الخطاب وليس بتاريخ تسلمه، وعلى الرغم من أن هذه القاعدة قد وجه إليها عدة انتقادات لكنها هي المتبعة، والمطبقة ليست فحسب في حالة تأخير تسليم القبول إلى العارض، بل في حالة عدم وصول الخطاب على الإطلاق[4]، غير أن هذه القاعدة قد اهتزت بحكم

(١) ذكر هذا الرأي ترايتيل، المصدر السابق ص (١٩).

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٤٠) بند (٧٧).

(٣) قضية رقم:

((1818) 5 Q. B. D. 346).

(٤) وعلى هذا عدة قضايا منها قضية:

(Alexander V. StenhaidtWalker (1903) 2 K.V. 208).

قضائي آخر صدر في سنة ١٨٢٨ حيث اعتد بالقبول من لحظة وصول الخطاب إلى علم الموجب، وقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض إلى أن استقرت مرة أخرى في عام ١٨٨٠ بمناسبة نظر قضية (Byme) ضد (Von Tienhoven)(١)، التي تتلخص وقائعها في أن المدعي عليهم ـ ومحل نشاطهم مدينة كارديف في إنجلترا ـ قد كتبوا إلى المدعين ـ ومحل نشاطهم مدينة نيويورك في أمريكا ـ يعرضون عليهم كمية من الصاج المطروق في شكل ألواح، فتسلم المدعون العرض في ١١ أكتوبر، وقاموا بالرد عليه برقياً في نفس اليوم، واتبعوا البرقية بخطاب تعزيز بعد أربعة أيام من هذا التاريخ غير أن المدعي عليهم في كارديف قد بعثوا بخطاب تعديل محاولة منهم في سحب عرضهم في ٨ أكتوبر ولكن هذا الخطاب لم يصل نيويورك إلا في ٢٠ أكتوبر، فقررت المحكمة أن العقد قد انعقد اعتباراً من ١١ أكتوبر، فكان للقاضي (Lindlay) تعليق على ذلك وهو: «إذا كان من المقدر الأخذ بادعاء المدعي عليهم لما قبِل أيُّ متعامل أن يتسلم عرضاً بالبريد، أو على الأقل لاضطر أن يتمهل فترة من الوقت ليعرف حقيقة موقفه، وليتأكد تماماً من عدم قيام الطرف الآخر بالعدول عن عرضه، وقبل أن يرسل موافقته»(٢)، فكان من رأي هذا القاضي: «أن المبادىء القانونية والتناسب العملي يتطلب أن يتمكن الشخص الذي يقبل عرضاً ـ ولا يصل إلى علمه في وقته أن هذا العرض قد عدل عنه ـ في أن يكون مستقراً آمناً في موقعه، بحيث يصبح العرض والقبول متساويين في الإلزام لكلا الطرفين»(٣).

وملخص نتائج الاعتماد على هذه القاعدة هي:

١ ـ أن قبول العرض يصبح كاملاً، وبالتالي ينشأ العقد من تاريخ إرسال الموافقة بالبريد حتى لو لم يصل الخطاب إلى المرسل إليه(٤).

٢ ـ العدول عن العرض لا يصبح فعالاً إلا من تاريخ إبلاغ المعروض عليه.

٣ ـ أن مخاطر التأخير، أو فقد الرسالة يتحملها العارض(٥).

---

(١) قضية رقم:

((1880) 5 C.P.D. 344).

(٢) من حيثيات القضية السابقة ص (٣٤٨).

(٣) من حيثيات القضية السابقة ص (٣٤٨ ـ ٣٤٩).

(٤) قضية:

(Household Fire Inc. Co. v. Grant (1879) 4 EX. D. 216).

(٥) شيتي، المصدر السابق بند (٧٨) ص (٤٠).

٤ ـ ولما كان العقد يعتبر مستكملاً لحظة إرسال الموافقة بالبريد فيتبع ذلك منطقياً أنه لا يجوز العدول عن هذه الموافقة بوسيلة أسرع بحيث تصل إلى مقدم العرض قبل وصول الخطاب المتضمن الموافقة، يقول ولسون: «ولم يسبق عرض نزاع من هذا القبيل على المحاكم الإنجليزية، ولكن القانون الاسكتلندي يبدو أنه يميل إلى اعتبار الإلغاء سارياً في مثل هذه الأحوال»[١].

ومن الجدير بالتنويه به هو أن هذه القاعدة العامة التي تبنت نظرية تصدير القبول ليست عامة لجميع العقود فيما بين الغائبين بل هي خاصة بالعقود التي تتم عبر البريد سواء كان التعبير عنها خطاباً أو برقية يقول ولسون: «والقواعد السابقة تطبق في الحالات التي يعبر فيها صاحب العرض ـ صراحة أو ضمناً ـ عن رضائه بإرسال القبول بالبريد»[٢]. ويقول أيضاً: «وتكون هذه المحكمة قد ميزت بوضوح بين العقود التي تبلغ بالبريد، والعقود التي تتم بطرق أخرى، ففي الحالة التي يكون فيها التبليغ بالبريد. . . تعتبر مصلحة البريد في هذه الحالة بمثابة وكيل لكلا اطرفين ويكتمل العقد من لحظة إرسال الموافقة على العقد بالبريد، وفي الحالات الأخرى يجب على المعروض عليه أن يضمن وصول الإخطار بالموافقة، وبشكل يفهمه صاحب العرض، ولنفرض مثلاً إن تقدم شخص بعرض لشخص آخر يعبر النهر أو في أي مكان واسع بعيد الأركان فأجاب بالقبول، لكن صاحب العرض لم يسمعه، لأن الصوت فاقه صوت طائرة، أو صفير قطار، أو نفير سيارة، عندئد لم ينشأ عقد في مثل هذه الأحوال، لأن الطرف المعني إذا رغب في أن ينعقد العقد لوجب عليه أن ينتظر حتى تنتهي المؤثرات التي تغلب على الصوت، ثم يعاود الإفصاح عن قبوله. . . وتنطبق اعتبارات مشابهة في حالة تبليغ الموافقة بالتليفون. . .، وحال دون التبليغ أعطال في الخطوط. . . فما لم يتسلم القبول لا يكتمل العقد»[٣].

---

(١) ولسون، المصدر السابق ص (٢٨)؛ وشيتي، المصدر السابق بند (٨١)، وهذا ما أخذ به مشروع الجمعية الأمريكية لإصلاح القانون عام ١٩٢٥ حيث قرر «أن المعروض عليه له أن يرجع عن قبوله لكن على اعتبار أن التبليغ الفعلي حينئذ للعارض ضروري، فعلى هذا فبوسعه العدول عن إلغاء الموافقة لكن يشترط أن يصل خبر العدول قبل خبر الموافقة». يراجع: شيتي، المصدر السابق بند (٨٢).

(٢) ولسون، المصدر السابق ص (٢٨).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (٢٥). ويراجع تفصيل ذلك في: ترايتيل، المصدر السابق ص (٢٠ ـ ٢٢)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٨٨).

حدود هذه القاعدة:

إن قاعدة أن القبول يكتمل بمجرد إرسال الرد بالبريد لا تنطبق إذا كان هناك تقصير من جانب المعروض عليه، بأن شابها عيب في صحة عنوان المرسل إليه، أو غير مستوفاة طوابع البريد مما يتسبب في تأخير وصولها، أو ضياعها[1].

التـــرجيـح

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بنظرية إعلان القبول وذلك للأسباب التي ذكرناها من ثنايا هذا العرض ومن أهمها أن العقد على ضوء الفقه الحديث عامة لا يتطلب أكثر من الإيجاب والقبول، فإذا تم القبول فقد تم العقد، ففي القول بنظرية العلم ونحوها تأخير كبير لآثار العقد لا يتفق مع متطلبات العصر الحديث من سرعة إنهاء المعاملات كما أن ذلك يؤدي إلى زعزعة الثقة وعدم اطمئنان القابل من فعالية قبوله، حيث إن للموجب الحق في رفض التعاقد بعد القبول وقبل وصوله إلى علمه، فاشتراط علم الموجب بقبوله دون اشتراط علم القابل بعدم رفض الموجب قبوله تحكم دون دليل مقنع، ثم إن القوة الإلزامية للعقد تكمن في الإرادة نفسها حسب الوسائل المتاحة، فالموجب حينما بعث إيجابه إيجاباً متكاملاً يتصل بقبول الآخر حينما يعلن المعروض عليه قبوله، فمجلس التعاقد هو لحظة إعلان القبول رداً على الإيجاب، وما ذكر من الأدلة لا تخلو عن كونها أدلة للإثبات لا للانعقاد، ونحن لا ننكر أهمية ذلك في نطاق الإثبات، أما الانعقاد فيتم بوجود الرضاءين دون اشتراط عنصر ثالث وهو علم الموجب بالقبول، ثم إن الأعراف التجارية تقتضي في بعض الأحيان عدم الحاجة إلى رد شفهي أو كتابي على الإيجاب، فمن أرسل بضاعة إلى عميل له في بلد آخر مثلاً فهل العقد لا يتم إلا إذا بلغ إلى علم الموجب القبول مع أن الفقه والقضاء على أن السكوت في هذه المسأل يكفي ـ كما سبق ـ[2]، فلو شرطنا ذلك ليضار العاقدان أو أحدهما بهذا الإجراء، كما أنه يعطي فرصة لأحدهما أن يسحب إيجابه، أو عرضه فيما إذا عرف أن المصلحة في ذلك، وفي هذا زعزعة لاستقرار التعامل وقلقلة للقواعد وأعراف التجارة، ومن الغريب أن الأستاذ الكبير السنهوري الذي يعد من أشد

(١) شيتي، المصدر السابق بند (٨٢).

(٢) يراجع الفصل الأول من هذا الباب.

المتحمسين لنظرية العلم بالقبول[1]، كان قد انتقد[2] جمهور الفقه الإسلامي القائل بخيار المجلس على أساس أنه يؤدي إلى تأخير آثار العقد عنه مع أن المجلس لا يستغرق سوى دقائق، أو ساعات، كما أنه ينتهي بمجرد فراق أحدهما عن الآخر في حين أن القول بنظرية العلم تؤدي إلى تأخير آثار العقد أياماً بل شهوراً.

القاعدة العامة في الرضائية واستثناءاتها

تلك هي القاعدة العامة في الرضائية حيث إن كل ما يصلح دليلاً للرضا يمكن أن يتم به العقد إذا حصل التراضي وتزاوج الرضاءان، وتوفرت الشروط السابقة، ولا ينظر بعد ذلك كقاعدة عامة إلى شكل خاص، أو تعبير خاص دون آخر، فالعقد ينشأ من التراضي فقط وهو ينشىء الالتزام فيترتب عليه آثاره حسب طبيعة كل عقد، كنقل الملكية للبيع، والانتفاع بالعين المؤجرة في الإجارة وهكذا.

غير أن لهذه القاعدة استثناءات حيث يتطلب القانون في بعض الأحوال توفر شكل خاص وإفراغ الرضا فيه نزولاً منه إلى المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية[3] أو إدراكاً منه بخطورة المعقود عليه، بل زادت هذه القيود حتى بلغت حداً سماه البعض بالنهضة الحديثة للشكلية[4]. غير أن الشكلية التي تعتنقها التشريعات الحديثة تختلف كثيراً عن الشكلية الرومانية، فالشكلية الحديثة لا تلغي الإرادة ولا تهدر الرضاء، وإنما

---

(١) حيث دافع عنها منذ الثلاثينات في كتابه نظرية العقد بند (٣٠٤ - ٣٠٥).
ويراجع: كتابه الوسيط (١/٣١٥ - ٣١٧).

(٢) حيث يقول في مصادر الحق (٣٧/٢ - ٣٩): «وعندنا أن حجة المذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس هي الراجحة...، للاعتبارات الآتية، أولاً: القول بخيار المجلس يقتضي تعليق مصير العقد إلى حين انفضاض المجلس... ثانياً: يزعزع من قوة العقد الملزمة...».

(٣) قد ذكر د. فتحي عبد الرحيم في رسالته عن الشكلية بالفرنسية بند (٢٢٨)، كثيراً من المطالب الاجتماعية والاقتصادية.

(٤) بلانيول وريبير، المصدر السابق (١٠٣/٦)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية بند (٢١٤)، حيث ذكر «أنه قد تكاثرت المظاهر الجديدة للشكلية لدرجة أنها تكاد تبلغ مبدأ الرضائية تقريباً». ويقول بلانيول وريبير، المصدر السابق: «إن مبدأ الرضائية على الرغم من مزاياه لم يكن مجرداً عن العيوب، فعندما تكون العقود مجردة تماماً عن الشكليات فإن العلاقات المعقودة الناشئة منها قد تلتبس ولا سيما على الأطراف ذوي الخبرة القليلة في حين أن الشكلية تقدم خدمات في هذا المضمار منها أنها تعين على معرفة وقت انعقاد العقد، ومنها أنها تعفي الأطراف من التسرع في إنشاء العقد...».

تنظم الرضاء فيشترط إفراغه في شكل مخصوص، فالشكلية الحديثة أكثر مرونة، وهي إذا كانت لازمة لبعض العقود فهي غير كافية، ولا مستغنية عن وجود الرضا، ولذلك يؤثر فيها الغلط والتدليس والإكراه في حين أن الشكلية الرومانية كانت هي الأساس فإذا توفرت فقد تحقق العقد ولذلك لا تؤثر فيها عيوب الرضا ولا غيرها من الدفوع الموضوعية[١]، غير أن قولنا بوجود التراضي في الشكلية الحديثة لا ينبغي أن يدفعنا إلى القول بأن الإرادة مصدر من مصادر الشكلية يعني وجود مبدأ حرية الشكل، وذلك لأن هذا التصور يتعارض مع الواقع القانوني للشكلية، حيث إن مصدرها القانون، وهذا لا يعني إنكار دور معين للإرادة في إطار اختيار الشكل القانوني المناسب للتوفيق بين المصالح المقصودة من الأطراف ومن النظام القانوني في الوقت نفسه على السواء[٢].

وفي الواقع أن الاستثناءات الواردة على مبدأ الرضائية الآن نوعان: أحدهما: لا يخرج العقد الناشىء منه عن الرضائية مثل أن يشترط في إثباته شكل مخصوص كالكتابة، والشهر، وثانيهما: ما لا ينعقد العقد نهائياً بدونه، فلا يتم العقد بمجرد التراضي، بل لا بد لانعقاده توفر الشكل المطلوب، ولم يبق في القانون المصري الحالي من العقود الشكلية سوى عقدي الهبة والرهن حيث نصت المادة (٤٨٨ م.م) على أنه «تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية». وكذلك الأمر في الهبة بالنسبة للقانون المدني الفرنسي في مادته (٩٣١)[٣].

وبخصوص الرهن نصت المادة (١٠٣١) من القانون المدني المصري على أنه «لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية». وكذلك الأمر في الرهن في القانون المدني الفرنسي في مادته (٢١٢٧)، وبالإضافة إلى هذين العقدين الشكليين في القانون الفرنسي فإن فيه عقدين آخرين، هما: عقد الزواج، حيث قرر في مادته (١٣٩٤ م.ف) بوجوب تحريره أمام الموثق، والحلول الاتفاقي الممنوح من قبل المدين في مادته (١٢٥٠ م ف) وبالإضافة إلى هذه العقود الأربعة الشكلية فقد أشار القانون التجاري إلى الحالات التي يجب فيها توثيق العقود كخطابات الضمان، والأوراق

---

(١) د. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية ص (١٢٧، ٤٥٠)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١٩٠/١).

(٢) د. فتحي عبد الرحيم، رسالته بند (٢٤٦).

(٣) موراندیه، المصدر السابق بند (٣٠٧)؛ وبلانيول وريبير (١٠٣/٦)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية ص (٢٢٢) بند (١٢٢)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١).

المالية المصرفية (الشيكات)[1]. وبالإضافة إلى هذين العقدين فقد أجاز القانون المدني المصري للعاقدين أن يشترطا شكلاً خاصاً لانعقاد العقد الرضائي وحينئذ يصبح العقد الرضائي شكلياً[2]. لكنه شكلي نابع من القاعدة العامة: العقد شريعة المتعاقدين.

وأما النوع الأول: وهو اشتراط بعض الشروط للإثبات فهذا مثل اشتراط الكتابة، أو الشهر في بعض العقود، فالقانون يشترط لبيع العقار حتى يمكن الاحتجاج به ضد الغير إعلام الجمهور بالعملية القانونية وهو ما يسمى الشهر، فإجراءات الشهر لها طابع مختلط، حيث إنها على المستوى النظري ضرورية لإنشاء رابطة قانونية كاملة، وعلى المستوى العملي لازمة للاحتجاج بها ضد الغير لأجل فاعلية الحق[3]، فالقانون يوجب شهر التصرفات التي ترد على حقوق عقارية، فالبيع الذي ينصب على عقار يجب تسجيله حتى يتم به انتقال ملكية العقار المبيع من البائع إلى المشتري، فإذا لم يسجل لم ينتقل الحق في نظر القضاء، لكن التصرف صحيح وقائم ومنتج لكل آثاره ما عدا نقل الملكية، فهي لا تنتقل إلا بالتسجيل[4]، أما آثاره الأخرى فتثبت بالعقد اللفظي حيث يجب على البائع أن يقوم بكل ما هو لازم لنقل الملكية إلى المشتري وإذا امتنع كان بإمكان المشتري إجباره قضاء على تنفيذه مستخدماً في ذلك دعوى صحة التعاقد[5]، وقد أثير جدل حول مدى تأثير هذا الشرط في العقود الواردة على العقار هل يجعلها في العقود الشكلية بحيث يصبح الاتفاق السابق لاغياً بدون تحقق أم يبقى العقد لا يخرج عن نطاق الرضائية، ويكون للاتفاق دور بجانب الدور الذي منح

(١) موراندیه، المصدر السابق بند (٣٠٧)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١٠٣/٦) بند (٩٣) وبند (١١٥).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١٨٨/١).

(٣) د. فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق بند (١٢٤).

(٤) د. سليمان مرقس، عقد البيع، ط. عالم الكتب ١٩٨٠، ص (٢٧٢ - ٣٣٥)؛ ود. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع ص (٣٤٩)؛ ود. محمد علي عمران، الوجيز في شرح أحكام البيع، ط. دار النهضة العربية ص (١٨١)؛ ود. السنهوري، الوسيط (٤٣٤/٤ - ٥٠٥)؛ ود. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام ص (١٠٤)؛ ود. منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٦١.

(٥) المصادر السابقة أنفسها.

للتسجيل والشهر؟ فذهب البعض[1] إلى أن كلاً منهما يسيران جنباً لجنب ولكل واحد منهما دوره، فدور الاتفاق هو إنشاء التصرف، بل إعماله بالنسبة للعلاقة بين المتعاقدين، وأما دور التسجيل فيكون بالنسبة للغير حيث لا يصح إعماله، وإنما تكون العبرة بالقيد فعلى هذا أن نقل الملكية العقارية يتوقف على شرطين: الاتفاق الناقل، ثم تسجيل هذا الاتفاق، فكل منهما ضروري، فإذا تخلف أحدهما فلا يكون هناك نقل، فالذي يقوم بعملية النقل في الحقيقة ليس التسجيل في حد ذاته، وإنما تسجيل اتفاق، فلو فرض أن الاتفاق الذي سبق التسجيل كان معيباً بأحد عيوب الرضا، أو أن العاقدين ـ أو أحدهما ـ لم يكن لهما أهلية أصبح العقد قابلاً للإبطال أو باطلاً[2]، غير أن أثر عيوب الرضا أو انعدامه في بيع العقار ـ مثلاً ـ لا يستدل به على أن الشهر ليس شرطاً للانعقاد، وإنما هو شرط لنقل الملكية، وذلك لأن عيوب الرضا وانعدامه يؤثران حتى في العقود الشكلية البحتة.

وذهب رأي ثان إلى أن العقد الواقع على العقار عقد شكلي لتوقفه على ركنه الأساسي وهو التسجيل، فعلى هذا لا يكون للاتفاق السابق أية قيمة قانونية[3].

وذهب رأي ثالث إلى أن الشهر شرط وصفي لنقل الملكية العقارية فعلى هذا فالبيع غير المسجل تصرف معلق على شرط واقف بالنسبة لنقل الملكية، وأن الاتفاق ينقل الملكية بشرط إجراء التسجيل، أي يكون العقد غير لازم لكنه منعقد وقائم، فالبائع محتفظ بالملكية قبل تحقق الشرط ـ وهو الشهر ـ ولا يكون للمشتري إلا أمل اكتسابها، فإذا تحقق الشرط يصبح المشتري مالكاً بفضل الأثر الرجعي للشرط[4].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٤٨٥)؛ ود. منصور محمود، رسالته السابقة بند (٢٧٠) ص (٢٧١)؛ والمصادر السابقة.

(٢) د. منصور محمود، المصدر السابق ص (٢٦٨ ـ ٢٧٠).

(٣) والتون، جـ(٢) ص (٥)؛ وزكي خير، المحاماة (١٥) ص (٥٦)، المشار إليهما في د. منصور محمود، المصدر السابق ص (٢٧١). وقد دعم موقفهم بعض الأحكام القضائية منها: حكم لمحكمة مصر الابتدائية ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ منشور في مجلة المحاماة (٥) رقم (٢٩٥) ص (٣٣)، وحكم آخر لها في ١٩٢٧/٣/٨ منشور في مجلة المحاماة (٧) رقم (٤٤١) ص (٧١٥).

(٤) الأستاذ عبد السلام ذهني، الأموال، ط. القاهرة ١٩٢٦ ص (٩١٧) فقرة (٩٢٢). غير أن هذا الرأي ـ كما يقول د. منصور محمود ص (٢٦٩) ـ يفتقر إلى سند قانوني، حيث لا يؤيده حتى الأعمال التحضيرية للقانون. فطبقاً لنصوص القانون لا ينتج العقد غير المسجل إلا التزامات شخصية، فالبيع غير المسجل لا يمكن أن ينقل أي حق، ثم إن المذكرة الإيضاحية تقضي بأنه: «يجب اشتراط التسجيل كشرط أساسي لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية».

والذي نرى رجحانه ـ تبعاً لغالبية الفقه المصري ـ[1] هو أن شرط الشهر ليس للشكل، وإنما هو إجراء لازم لنقل الملكية، وإلا ـ أي لو كان للشكل ـ لما ترتب على العقد الوارد على العقار الخالي من الشهر أي أثر، في حين أنه يترتب عليه بعض الآثار، فقد نصت المادة (٩) من قانون شهر العقار لسنة ١٩٢٦ على ترتيب الالتزامات الشخصية على التصرفات غير المسجلة، مثل دفع الثمن، وتسليم المبيع ونحوهما كما أنه يترتب على الاتفاق نفسه أن يطالب المشتري البائع بالمحرر الذي يجب تسجيله، فإذا رفض فله الحق في أن يلجأ للقضاء ليطالب بالتنفيذ الجبري، ويستحصل على حكم يقرر وجود وصحة البيع، ومن ثمة يتم التسجيل كما يؤدي إليه تطبيق المادة (٢١٠ م م) حيث تنص على أنه: «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ...» وهذا الحل يمكن الاهتداء إليه من خلال نصوص الأعمال التحضيرية لقانون ١٩٢٣ حيث صرح أحد أعضاء اللجنة الخاصة لهذا القانون في جلسة ١٩٣٢ بـ: «أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل إلا أن الاتفاق البسيط بين المتعاقدين يكفي ليجعل من المشتري دائناً يمكنه ليس فقط الحصول بطريق القضاء على التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزامات وإنما يمكنه الحصول على حكم يحل محل التصرف ويمكن تسجيله»[2]. وقد أخذ القضاء بهذا الحل وقرر بأن القانون يعطيه الوسائل القانونية الضرورية للحصول على الملكية بطريق الدعوى الشخصية المتولدة عن العقد[3]، وقد توج هذا الحل قانون الشهر لسنة ١٩٤٦ حيث نص صراحة على دعوى صحة التعاقد في مادة (١٥)، كما أنه لو كان الشهر للشكل وتخلف لأصبح العقد باطلاً لا يكون له أثر، ولا يمكن البناء عليه قطعاً، فعلى هذا فالعقد في نظرنا قد تم بالاتفاق، وأنه من حيث هو عقد يترتب عليه جميع الآثار غير أن نقل الملكية لا يعترف به القانون إلا بالتسجيل والشهر، وذلك لأنه باعتباره عقد بيع قد توفرت فيه جميع الشروط والأركان التي يتطلبها القانون لانعقاد العقود الرضائية التي منها عقد البيع،

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع ص (٣٤٩)؛ ود. محمد علي عمران، الوجيز في أحكام البيع ص (١٨١)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٠٤)؛ ود. منصور محمود، رسالته ص (٢٧٣)؛ وغيرهم. ود. الصدة، مصادر الالتزام ص (٦٨)؛ ود. سليمان مرقس، عقد البيع ص (٢٧٢ ـ ٣٣٥).

(٢) د. منصور محمود، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (٢٧٦).

(٣) يراجع في هذا المعنى نقض مدني في ١٩٣٩/٣/٢٣، مذكور في مجموعة عمر جـ(٢) رقم (١٦٧) ص (٥١٢)، ونقض ١٩٤٨/٥/١٣ في المجموعة السابقة جـ(٥) رقم (٣١٢) ص (٦١٦).

وحينئذ فمن حيث هو عقد فهو منعقد، ثم جاء قانون الشهر فاشترط شرطاً زائداً وهو التسجيل، ولم ينص على أنه شرط انعقاد، أو إثبات، فالأولى أن يحمل على كونه شرطاً خاصاً لإثبات أثر من آثار العقد وهو نقل الملكية، لا للانعقاد والشكل، ولا سيما أن مبدأ الرضائية هو الذي يسود التشريعات الحديثة، وهو الأصل، فلا ينبغي لنا أن نخرج عن هذا الأصل إلا بدليل قاطع.

ومن جهة أخرى أن مبدأ الشهر والتسجيل يختلف عن نظام الشكل الذي يهدر فيه المشرع الاتفاق بشكل قاطع، في حين أن الشهر لا ينظر إليه إلّا من زاوية الحماية القانونية، لما للعقار من خطورة وأهمية للفرد، أو الدولة، ومن جهة ثالثة إن المشرع اشترط الشهر لنقل الملكية فقط، وليس للعقد، وفرق كبير بين شرط العقد، وشرط للنقل حيث يمكن أن ينعقد العقد ويكون صحيحاً لتوفر أركانه وشروطه الأساسية، لكنه لعدم وجود بعض شروط لزومه لم يترتب عليه كل الآثار، فالعقود الواردة على العقار لا تزال من العقود الرضائية، وهذا ما جرى عليه القضاء الوطني والمختلط في كثير من أحكامه فقد نطقت محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها في ١٩٣٢/١١/١٧ بأن: «عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود التراضي التي تتم بالإيجاب والقبول، وكل ما استحدثه هذا القانون من تغيير في أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٢٦٦) من القانون المدني نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده أصبح متراخياً إلى ما بعد حصول التسجيل، وأما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون»[1]، ثم إن تخلف نقل الملكية عن باقي الشروط ليس بدعاً في القانون المصري بالنسبة للبيع الوارد على العقار، بل له نظائر حيث إن هناك بيوعاً لا تنقل الملكية بمجرد عقدها وهي مع ذلك صحيحة مثل بيع الأشياء المعينة بنوعها لكنها لا تنقل ملكيتها إلا بإفرازها فقد نصت المادة (٢٠٥ م م) على أنه: «إذا ورد الالتزام بنقل

---

(١) هذا الحكم مذكور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الخمسة والعشرين عاماً، الدائرة المدنية جـ (١) ص (٣٧٥) رقم (١٨٩)، وهناك أحكام أخرى في هذا الخصوص منها نقض في ١٩٣٩/٦/١ مذكور في المجموعة السابقة ص (٣٧٥) رقم (١٨٨)، ونقض في ١٩٤٤/٣/٢ مذكور في المجموعة السابقة ص (٣٥٢) رقم (٥٢) وكذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم صادر لها في ١٩٣٥/١٢/٣ بأن البيع صحيح بالنسبة للمتعاقدين رغم عدم انتقال الملكية، وأن قانون (١٩٢٣) لم يغير شيئاً في التكوين القانوني، وفي آثار عقد البيع في المسائل العقارية فيما عدا نقطة واحدة وهي أن إجراءات التسجيل ضرورية لترتيب نقل الملكية. وراجع تفصيل ذلك في: د. منصور محمود، المصدر السابق ص (٢٧١ ـ ٢٧٣).

حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء».(والمادة ٩٣٣ م م)، وهنـاك نظائر أخرى[1]. فعلى هذا فاشتراط الشهر والتسجيل لا يجعل التصرفات الواردة على العقار تصرفات شكلية كما أنه لا يهدر الاتفاق ولا يلغيه، والخلاصة أن المعيار في كون العقد شكلياً أم لا هو أنه إذا استلزم القانون شكلاً خاصاً للتعبير عن الإرادة كشرط للانعقاد يصبح العقد شكلياً، أما إذا لم يجعله شرطاً للانعقاد فإن العقد سيظل رضائياً، وإن كان قد اشترط فيه الشكل للإثبات.

والقانون الفرنسي أيضاً اشترط الشهر والإعلان في العقود الواردة على العقار[2]، والغرض من وجوب الإعلان الكشف عما إذا كان العقار محملاً بآثار قانونية كالرهن (مرسوم ٤ يناير ١٩٥٥) والذي حل محل قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥، لكنه مع ذلك فإن عدم الالتزام بالشكل لا يمنع من سريان العقد بين الأعضاء[3]، وهناك بعض إجراءات أخرى يشترطها القانون لغرض إثبات التعاقد حيث تتطلب المادة (١٣٤١ م ف) أن يثبت كتابة التعامل الذي تتجاوز قيمته خمسين فرنكاً، وهذا الشرط لا يؤثر في سريان التعامل والاتفاق، ولكن إذا حدث نزاع فلا محل للإثبات إلا عن طريق تقديم ما يثبت التعامل كتابة، ومع ذلك في حالة عدم توافر الدليل الكتابي يمكن الالتجاء إلى طرق أخرى كاليمين، أو وجود شواهد قوية تعزز حجة المدعي[4].

وأما موقف القانون المدني العراقي من التراضي فهو لا يختلف كثيراً عن موقف القانون المصري فقد سبق أن ذكرنا أنه أخذ بنظرية العلم بالقبول بالنسبة للتعاقد بين الغائبين، ثم كذلك اعتبر تحقق التراضي بوجود إرادتين متطابقتين في مجلس واحد المادة(٧٣ م ع) كما أنه لم يشترط أن يكون الإيجاب موجهاً إلى معين بل قد أجاز توجيه الإيجاب إلى الجمهور المادة (٨٠ م. ع) والأمثلة الفقهية في هذا المضمار تكاد تتفق مع الأمثلة التي ضربها الفقه المصري، كما أن الإيجاب إذا حدد فيه مهلة يكون الإيجاب ملزماً المادة (٨٤ م ع) وإذا لم يحدد بذلك فللموجب حق العدول عنه بل قد نص في مادته (٨٢ م ع) على أن المتعاقدين بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، كما أنه نص

(١) د. منصور محمود، المصدر السابق ص (٢٧٣).

(٢) موراندیه، المصدر السابق بند (٣٠٨)، وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١٢٢/٦)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٣٧٦).

(٣) موراندیه، المصدر السابق بند (٣٠٨).

(٤) موراندیه، المصدر السابق بند (٣٠٨). ويراجع في تفصيل ذلك: مارسيل، المصدر السابق بند (٣٧٦- ٤٢٤)؛ ود. فتحي عبد الرحيم، رسالته عن الشكلية بالفرنسية؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (١٠٣/٦) بند (٩٧) ص (١٢٢).

في مادته (٨٥) على وجوب مطابقة القبول للإيجاب في كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، وإذا اتفقا على هذه المسائل الجوهرية في العقد لكنهما احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن يكون العقد غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام الخلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع، ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة. وقد اعتبر القانون العراقي في مادته (٨٨) التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه قد تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.

ثم إن القانون العراقي قد اعتنق مبدأ الرضائية ـ شأنه في ذلك شأن التشريعات الحديثة ـ غير أن ذلك لم يمنعه من إبقاء بعض العقود على شكليتها، أو اشتراط بعض قيود نظراً لخطورتها، وحماية لمن يقدم عليها حتى يتحلى بالصبر والتروي والأناة. فقد نص في مادته (٩٠) على أنه: «١ ـ إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

٢ ـ ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل» والعقود الشكلية المقصودة في هذه المادة هي: عقد الرهن التأميني (المادة ١٢٨٦ م. ع) وعقد الشركة (المادة ٦٢٨ م.ع) وبيع العقار (المادة ٥٠٨ م.ع) وهبة العقار (المادة ٦٠٢) هذا وقد نصت المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ في فقرتها الثانية على أنه «لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري» ولا يخفى أن هذا النص عام لكل تصرف قانوني على العقار من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة. فعلى هذا فالقانون العراقي يختلف عن نظيره المصري في أن اشتراط الشهر والتسجيل في القانون المصري للإثبات وليس للانعقاد في حين أنه للشكل والانعقاد في القانون العراقي، وكذلك اشترط القانون العراقي في مادته (٧١١ م.ع) الكتابة لإثبات عقد الصلح، والدليل الكتابي لإثبات الالتزامات التعاقدية في غير المسائل التجارية إذا زادت قيمتها على عشرة دنانير، أو كان الالتزام غير محدد القيمة (المادة ٤٨٨ م.ع)[1].

---

(١) يراجع في تفصيل هذه المسائل: د. الحكيم، المصدر السابق (٣٩/١، ٥٣ ـ ٨٣)؛ ود. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي ص (١٥ ـ ٣١)؛ ود. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (٧١/١، ٨٨ ـ ١٥٤)؛ وعقد البيع ص (٢١٧)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (٨١/١، ١٣٦ ـ ٢٤٣)؛ وسلمان بيات، القضاء المدني العراقي (٧٦/١ ـ ٩٢).

وأما القانون الإنجليزي فقد سبق أن موقفه من التعاقد بين الغائبين هو تبنيه نظرية تصدير القبول إذا كان التعاقد عبر البريد، ونظرية العلم بالقبول بالنسبة للطرق الأخرى، وأما موقفه من قضية تحقق التراضي فهو لم يتبن النظريات العامة ـ ومن ضمنها مبدأ الرضائية ـ لكنه مع ذلك يعتد بتأثير الاتفاقات الشفهية فالعقود في القانون الإنجليزي تنحصر في العقود الرسمية ـ أي الشكلية ـ والعقود الشفهية ـ أي العرفية ـ وهي تشمل العقود المكتوبة التي تكون الكتابة شرطاً لانعقادها[١]. والإجماع منعقد في الفقه والقضاء الإنجليزيين على أن الوعد المجرد لا يترتب عليه التزام ولا أثر إلا إذا كان له مقابل كما في العقود العرفية، أو أن يفرغ في شكل خاص كما في العقود الرسمية[٢]، فالمقابل عنصر أساسي في العقود العرفية ـ البسيطة ـ وهو قد اختلف في تعريفه، يقول شيتي: «يرجع التعريف ـ حسبما استقر عليه الرأي في الفقه الإنجليزي إلى القرنين السادس عشر والسابع عشر، فقد عرفه (Blackstone) بأنه: «جُعْلٌ مقابل التعاقد»، وخلال القرن التاسع عشر كان من المعتاد تعريف الجعل بربطه بالمصلحة في التعاقد... وأن المقابل في عقد البيع هو ثمن الوعد»[٢]. وبعبارة أخرى فالمقابل هو العبء الذي يتحمله الموعود له حصولاً على التزام الواعد ولقائه، إذن فالمقابل قيمة مادية تعاصر الاتفاق يقدمها الموعود له للواعد لقاء وعده[٣]، وهو بمثابة السبب في نظريته التقليدية وقريب منه، لكنه يختلف عنه في كون السبب عبارة عن الغرض المباشر الذي يسعى إليه المدين للحصول عليه من وراء التزامه في حين أن المقابل قيمة مادية يقدمها الموعود له لـلواعد حتى يكون ملتزماً بوعده[٤]. وأما العقود الرسمية فهي تنحصر في العقود الخاصة الواردة على الأراضي، والعقار، وما تأخذ صفة الصك

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٧)؛ وبولوك، مبادىء العقد، طبعة ١٣ ص (١٠٠٠)؛ وجورج جاردنر ص (٩، ٣٧)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٤، ١٨)؛ وترايتيل، المصدر السابق ص (٧٠)؛ وولسون، المصدر السابق ص (١٤).

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٥٠) بند (١٠٢ ـ ١٠٣)؛ وهذا التعريف قد أخذ به القانون السوداني المستمد من القانون الإنجليزي في مادته (٢٥) حيث ذكرت تعريف المقابل بأنه «الثمن الذي يقدمه أحد طرفي العقد لوعد الطرف الآخر». ويراجع: جورج جاردنر، المصدر السابق ص (٩).

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: شيتي، المصدر السابق ص (٤٩ ـ ٦٣)؛ ود. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، ط. دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص (٤٨ ـ ٦٩).

(٤) جورج جاردنر، المصدر السابق ص (٩)؛ ود. طلبة وهبة، المصدر السابق ص (٧٩)؛ والمصادر السابقة.

أو المستندات، فهذه العقود لا تتم إلا إذا توفرت فيها إجراءاتها القانونية لاتمام التسجيل[1].

وفيما عدا العقود الرسمية يكفي لإنشائها توافق الأطراف مع وجود مقابل، والقانون الإنجليزي يعتد أيضاً بكل طرق التعبير سواء كانت صريحة أو ضمنية ـ كما سبق ـ وأن الرضاء الباطن ليس له أثر إلا إذا ظهر من خلال التعبير يقول (W.T. Major)[2]: «من الأقوال المأثورة عن القاضي الإنجليزي لورد (James) في مناسبة نظر قضية. . . : «كي ينشأ العقد ينبغي أن يظهر رضاء الطرفين معاً وفي نفس الوقت، أي أن يكون هناك عرض سار حتى لحظة القبول».

والقانون الإنجليزي ـ أيضاً ـ يشترط كون الرضاءين المتقابلين متطابقين ومتوافقين، يسمى التعبير عن الرضاء الصادر أولاً بالعرض، والتعبير الثاني بالقبول، وقد اشترط الفقه[3]، أن يكون العرض باتاً لا متردداً، حيث فرق بين العرض والدعوة إلى التعاقد، ويظهر الفرق بينهما من خلال نية المتعاقد والظروف التي تحيط بالعرض، وعلى هذا عدة قضايا من أحدثها قضية في ١٩٧٩[4]. ومن القرائن التي تدل على أن ما عرضه ليس إيجاباً وعرضاً بل دعوة إلى التعاقد الإعلانات في الصحف وما شابهها عن إجراء العقود المزدوجة، فالإعلان الوارد في صحيفة بأن بضائع معينة معروضة للبيع فإن ذلك ليس بالعرض[5]، وأما الإعلانات عن جوائز مقابل أشياء مفقودة أو مسروقة تعتبر من قبيل العرض الموجه للجمهور فيكون ملتزماً، وهذه داخلة في العقود المنفردة ـ كما سبق ـ[6].

وكذلك الإعلان عن بيع بالمزاد ليس بالعرض للشخص الذي يشترك في المزاد بل دعوة إلى التعاقد[7]، وكذلك الإعلان عن منحة دراسية ليست عرضاً بالنسبة

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٧، ١١ بند ١٧)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٦).

(٢) في كتابه: قضايا في قانون العقد، ط. لندن ١٩٧٢ ص (١).

(٣) شيتي، المصدر السابق ص (٠٠٠٩)؛ وترايتيل، المصدر السابق ص (٧).

(٤) هي قضية:

(Gibson V. Manchester C.C. (1979) 1 W.L.R. 294).

(٥) قضية:

(Partridge V. Gittenden (1908) 1 W.L.R. 1204).

(٦) يراجع ص (١٠٦٤) من هذه الرسالة.

(٧) قضية:

(Harris V. Nickerson (1873) L.R. 8 Q.B. 286).

للطالب[1]، وأما توزيع قائمة أسعار بمعرفة مورد فيحتمل العرض، وكونه دعوة للتعاقد، ويختلف الأمر حسب نية المتعاقد والظروف التي تلابسه، وكذلك الأمر بالنسبة لقائمة الطعام في المطعم[2]، وأما اللافتة الإعلانية في مستودع السيارات (الجراج العمومي) فتعتبر عـرضاً إذا ما لبى السائق الإعلان ودخل بسيارته إليه[3]. وأما الإعلان عن أن البضائع معروضة وجاهزة للبيع فليس عرضاً بل هو دعوة إلى التعاقد، وحتى أن المعلن ليس مرتبطاً بأعلا الأسعار إلا إذا تضمن الإعلان، أو النشرة الارتباط بذلك بأن يقول: والعقد يكون مع من قدم أعلا الأسعار[4]. وكذلك الإعلان لتلقي عروض توريد بضائع، أو لتنفيذ أعمال لا يرقى إلى درجة العرض ما لم يتضمن الدعوة بطلب العروض عن قبول أقل الأسعار فحينئذ يكون ملتزماً مع من قدم أقلها[5]، وكذلك الأمر بالنسبة للشركة التي تدعو الجمهور للاكتتاب في أسهمها فإنها قانوناً لا تقدم عرضاً لبيع الأسهم بل إنها تدعو الجمهور لتقديم عروض شراء، وللشركة بعد ذلك أن تقبل، أو ترفض مثل هذه العروض حسب اختيارها[6]، ولكن عندما تقرر الشركة توزيع حصة من الأسهم للمساهمين القدامى الذين لهم حق فيها بما يتناسب ومساهمتهم الفعلية فإن خطاب الإخطار بالتخصيص بحق هؤلاء المساهمين في الاكتتاب الجديد يعتبر عرضاً، لأنه يكشف عن نية الشركة في الارتباط، ويتم هذا الإجراء بقبول المساهم الاكتتاب في حدود حقوقه[7].

---

(١) قضية:

(Rooke V. Dawson (1891) Ch. 480).

(٢) ترايتيل، المصدر السابق ص (١٠). وقد كر بهذا الخصوص عدة قضايا.

(٣) قضية:

(Thornton V. Shee Lane Parking Ltd (1971) 2 Q. B. 163, 169).

(٤) انظر قضية:

(Spencer V. Harding (1870) L.R. 5 C.P. 561).

(٥)قضية:

(William Lacey H. Ltd V. Davis (1957) 1 W.L.R. 932, 939).

(٦) وردت بهذه النصوص عدة قضايا من أقدمها قضية:

(Hebb V. Case (1867) L.R. 4 Eq).

ومن أحدثها قضية:

(Rust V. Abbey Life Ins. Co. (1978) 2 Lioyd's Rep. 386).

(٧) يراجع في تفصيل ذلك ترايتيل، المصدر السابق ص (١٠ - ١٢)؛ والمصادر السابقة.

وكذلك يجب أن يكون القبول باتاً واضحاً مفهوماً ـ كما سبق ـ وأن يكون موافقاً للإيجاب موافقة تامة، فإذا حصل الخلاف بينهما لم يتم التراضي، بل لو أدخل المعروض عليه أي تغيير أو تعديل، لم يكن قبولاً، بل يعتبر عرضاً جديداً. وهو ما يسمى بالعرض المضاد، فمثلاً العرض المتضمن بيع ١٢٠٠ طن من الحديد الخام لا يكون مقبولاً إذا كان الرد يتضمن طلب ٨٠٠ طن فقط(١)، وكذلك لا يتم التوافق إذا كان الرد يتضمن بعض الشروط الجديدة(٢)، ولكن العبارات التي لا يقصد منها إضافة شروط جديدة لا تفسد القبول(٣). ثم إن العرض إذا نال الرد بزيادة شروط جديدة لا يبقى قائماً حتى ينال مرة أخرى من المعروض عليه القبول، حيث ينتهي العرض بالرفض، أو بقبول لكنه بشروط جديدة، ففي قضية (Hyde) ضد (Wrench)(٤) كان المدعي عليه قد قدم عرضاً كتابياً في ٦ يونية يتضمن بيع مزرعته للمدعي نظير ١٠٠٠ جنيه فقبل وكيل المدعي العرض لكن بـ ٩٥٠ جنيهاً، فيكون هذا عرضاً مضاداً فكتب المدعى عليه في ٢٧ يونيه: أنه غير مستعد لبيعها بـ ٩٥٠ جنيهاً، فكتب إليه وكيل المدعى: أنه موافق على شروطكم التي عرضتموها بشأن المزرعة ـ أي البيع بألف جنيه ـ فطالب المدعي في دعواه أن تقضي المحكمة بصحة البيع والنفاذ نظير مبلغ ألف جنيه. فقضى القاضي لورد (Langdale) أنه ليس هناك عقد، لأن العرض المضاد بأن يكون البيع مقابل ٩٥٠ جنيهاً بمثابة رفض للعرض بألف جنيه، ولذلك لا يجوز العودة والقول بالموافقة على الشراء بهذا القدر، وذلك لأن العرض الأول قد انتهى

---

(١) قضية:

(Tin V. Hoffman and Co. (1873) 29 L.T. 271).

وقضية حديثة :

(Harrison V. Battye (1975) 1 W. L. R. 58).

(٢) قضية:

(Jackson V. Turquand (1869) L.R. 4 H.C. 305).

(٣) بهذا المعنى وردت عدة قضايا قديمة، وحديثة، من أقدمها قضية:

(Clive V. Beaumont (1847) 1 De. G. and Sm. 397).

ومن أحدثها قضية:

(Butler Machine Tool Co. Ltd V. EX - Call - O Corparation (England) Ltd (1979) W.L.R.L 01).

(٤) قضية رقم:

((1840) 3 Bear 334).

حينما لم يلق القبول، فقد ذكر القاضي في حيثيات حكمه أن المدعى عليه قد عرض أن يكون البيع مقابل ألف جنيه، والقبول يجب أن لا يكون مشروطاً. فلو جاء الرد بالموافقة وقتها لانعقد العقد وأصبح ملزماً، ولكن بدلاً من ذلك قدم المدعي عرضاً من ناحيته بمبلغ ٩٥٠ جنيهاً، وهنا رفض المدعى عليه، وهذا العرض الأخير هو في نفس الوقت بمثابة رفض من ناحية المدعي بالنسبة للعرض الأول، ولذلك ليس له الحق في التمسك بالعرض الأول، لأنه لم يعد هناك التزام من أي نوع بين الطرفين.

وقد اشترط القضاء الإنجليزي أن ينال الإيجاب الموجه إلى شخص معين القبول من الشخص نفسه، لا من آخر أجنبي عنه ففي قضية (Boulton) ضد (Jones)[١] كان المدعي يعمل مديراً لإحدى المنشآت، وكان للمدعى عليه حساب جار مع هذه المنشأة، وأرسل المدعى عليه طلباً للمنشأة ولكن كاتب الحسابات حذف اسم المنشأة وسجل الطلب باسم المدير الذي كان في هذا الوقت قد اشترى المنشأة التي يعمل فيها، وعندما أرسل المدعي الفاتورة للمدعى عليه قال هذا الأخير أنه لا يعرفه، ورفض أن يدفع له، فرفع المدعي الدعوى هذه لاقتضاء ثمن البضاعة المباعة، فقال القاضي الشهير بولوك في حكمه ومعه زملاؤه من القضاة: «أنه ليس هناك عقد، لأن المدعى عليه لم يكن يخاطب المدعي، وإنما كان يخاطب المنشأة باسمها ولذلك لم تقبل دعواه، فكان من حيثيات القاضي المذكور أن الحقائق التي قام عليها الدليل والبرهان لا توضح نية المدعي في التعامل مع المدعى عليه شخصياً، والمدعى عليه قد آلت إليه ملكية المنشأة، ونفذ الطلبية كما لو لم يكن قد حدث تغيير في ملكية المنشأة، ثم رفع هذه الدعوى لاقتضاء ثمن البضاعة الموردة، والقاعدة في القانون الإنجليزي تقضي بأنه إذا تعاقد (أ) مع (ب) فليس لثالث أن يتدخل، وكذلك إذا كان المقصود التعامل مع (أ) فليس للطرف (ب) دخل في هذا التعامل طالما هو بعيد عنه، ويحق للمدعى عليه أن يدافع بأنه ليس هناك عقد بينه وبين المدعي على هذا الأساس[٢].

---

(١) قضية رقم:

((1872) 2 H. N. 564).

(٢) من حيثيات القضية السابقة. ويراجع ولسون، المصدر السابق ص (٣١).

المبحث الثالث
مدى قوة الرضا في ترتيب الآثار وتحديدها

تمهيد:

المراد بقوة الرضا في ترتيب الآثار وتحديدها هو أن لا يقف الرضا عند حد إنشاء العقد، بل يتجاوز ذلك إلى تحديد الآثار، والتدخل فيها حسبما يشاء، أو بعبارة أخرى: هل آثار العقد وأحكامها خاضعة لإرادة المتعاقدين، وناشئة منها، أم أنها جعلية ناتجة من إرادة الشارع وهل حرية التعاقد والشروط مكفولة؟ فإذا كانت هذه الآثار ناتجة عن إرادتهما فيكون من الطبيعي قدرتها على التحكم في هذه الآثار حسبما تحلو لها، وإن كانت ناشئة بأمر الشارع فتكون النتيجة المنطقية هي عدم استطاعتها التدخل فيما حددها الشارع إلا بما أجازها. هذا ما سنبحثه في مطلبين، نخصص أولهما لموقف الفقه الإسلامي، والثاني لموقف القانون من هذه المسألة.

المطلب الأول
مدى قوة الرضا في تحديد الآثار في الفقه الإسلامي

ويتوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع:

الفرع الأول
التعريف بالآثار التي تترتب على العقود

الأثر لغة له عدة معان منها: بقية الشيء، والتبعية، والخبر[1]، قال السيد شريف: «الأثر له ثلاثة معان: الأول بمعنى النتيجة وهو الحاصل من الشيء، والثاني بمعنى العلامة، والثالث بمعنى الجزء»[2]. والمقصود به هنا هو المعنى الأول، فآثار العقود هي ما يترتب عليها ويحصل منها من حقوق وواجبات للمتعاقد. فكل عقد من العقود له أثره الخاص، فإنشاء البيع يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، والثمن إلى البائع، كما يترتب عليه إلزام البائع والمشتري بتنفيذ العقد، ومسؤليتهما نحو هذا التنفيذ، وكذلك الأمر في عقد الإيجار حيث يترتب عليه حق انتفاع المستأجر

(١) القاموس المحيط (٣٧٥/١)؛ والمصباح المنير (٧/١)؛ وكشاف اصطلاحات الفنون (٦٥/١).
(٢) التعريفات ص (٨).

بالعين المؤجرة، وحق المؤجر في تملك ثمن الإجارة كما يترتب عليه إلزام كل منهما بتنفيذ هذا التعهد بكل الوسائل المتاحة وهكذا الأمر في النكاح حيث يترتب عليه حقوق وواجبات للطرفين،• وقد يكون المستفيد أحد العاقدين، كما في الهبة حيث يترتب عليها انتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له دون مقابل، وهكذا فكل عقد تترتب عليه آثاره الخاصة حسب طبيعته والغرض الذي أنشىء من أجله، والفقهاء المسلمون ذكروا لكل عقد آثاره، وفي الغالب يسمونها بأحكام العقد، وهي على قسمين، آثار، أو أحكام أصلية مثل ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن بالنسبة للبيع، وحق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وانتقال ملكية البدل إلى المؤجر بالنسبة للإجارة وهكذا.

وآثار تبعية (أو أحكام تبعية) وهي وجوب تسليم المبيع والثمن بالنسبة للبيع، ووجوب تسليم العين المؤجرة والبدل وهكذا.

وكذلك ذكر الفقهاء أحكام وآثار العقد الصحيح، أو الباطل أو الفاسد، أو الموقوف، أو اللازم ـ عند من يقول بهذه التقسيمات كما سبق(١) ـ، فلنذكر نصوصاً لهم ليتضح لنا تكييفهم الفقهي لهذه المسألة، وأسلوبهم في المعالجة. يقول الكاساني: «وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم فنقول وبالله التوفيق: البيع في حق الحكم لا يخلو إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون فاسداً، وإما أن يكون باطلاً، وإما أن يكون موقوفاً.

والصحيح لا يخلو إما أن يكون فيه خيار، أو لا خيار فيه.

أما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل وبعضها من التوابع.

أما الحكم الأصلي فالكلام فيه في موضعين: في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته.

أما الأول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن للحال، فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والأحكام المتعلقة بهما...

وأما بيان ما يتعلق بهما من أحكام فمنها: أنه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالإجماع، وفي العقار اختلاف، ويجوز التصرف في الأثمان قبل القبض

---

(١) يراجع فيما يتعلق بهذه الأقسام ص (١٥١) من هذه الرسالة.

إلا الصرف والسلم. . . ومنها أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع إلا السلم خاصة. . ومنها أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً، لأن البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة للمتعاوضين عادة، وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين إلا بالقبض فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتحقق المساواة. . .

وأما بيان صفة الحكم فله صفتان: إحداهما: اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ سواء كان بعد الافتراق عن المجلس، أو قبله عندنا ـ وعند الشافعي رحمه الله لا يلزم إلا بعد الافتراق عن المجلس ـ كما سبق ـ، والثانية: الحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين في الحال، بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكاً للحال، وبخلاف البيع الفاسد فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكاً عنده. . .

وأما الأحكام التي هي من التوابع للحكم الأصلي للبيع، فمنها وجوب تسليم المبيع والثمن. . . فتسليم البدلين واجب على العاقدين لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة، ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض. . .

وأما بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقب العقد بلا فصل، وإما على التضييق، فإن تبايعا عيناً بعين وجب تسليمهما معاً، إذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة. . . وكذلك إن تبايعا ديناً بدين، لما قلنا. وإن تبايعا عيناً بدين يراعى فيه الترتيب عندنا ـ أي الثمن فالمبيع ـ. . .

وأما تفسير التسليم والقبض. . . هو التخلية والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه. . .، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع. . .»[1]، إلى غير ذلك من الأحكام التبعية والأصلية على عقد الفاسد وغيره[2].

---

(١) بدائع الصنائع (٣٢٢٣/٧ ـ ٣٢٤٨).

(٢) المرجع السابق (٣٢٢٣/٧ ـ ٣٤٠٣)؛ وفتح القدير (٢٧٤/٥ ـ ٣٠٣)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٤٧).

وبهذا الأسلوب الرائع، والترتيب المتين بين لنا العلامة الكاساني أحكام البيع الأصلية والتبعية، ولا يختلف الأمر كثيراً في المذاهب الفقهية الأخرى[1]، بل قال البيضاوي: «والإجماع على أنه ـ أي البيع ـ سبب للملك في الجملة»[2]. ثم ذكر أن من أحكام البيع لزومه للطرفين ووجوب التسليم وأن المحكم فيه العرف، فقبض العقار بالتخلية والمنقول بالنقل[3]. بل ذكر الغزالي والسيوطي قاعدة مفادها أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده وآثاره فهو باطل لا يعتد به، وأن السبب الصحيح هو ما أفاد حكمه المقصود منه[4]. ويقول النووي: «إذا انقضى الخيار ولزم البيع حصل الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع من غير توقف على القبض بلا خلاف، ونقل المتولي وغيره فيه إجماع المسلمين»[5].

وهكذا الأمر عند بقية المذاهب[6]، حيث لا خلاف بينهم في أن لكل عقد أثراً يترّتب عليه إذا تحقق العقد، سواء كان من العقود المالية أو غير المالية، فالنكاح مثلاً يترتب عليه إذا كان صحيحاً آثار أصلية وتبعية مثل حل الوطء إلا في حالات خاصة كالحيض، وحل النظر والمس مطلقاً ووجوب الطاعة للزوج والنفقة للزوجة، وثبوت المهر والنسب، وحرمة المصاهرة وغيرها[7].

الفرع الثاني
دور الرضا في آثار العقد مع الحكم بجعليتها

ذكرنا في الفرع الأول إجماع الفقه الإسلامي على أن كل عقد يترتب عليه أحكامه وآثاره الخاصة به سواء كانت آثاراً أصلية، أم تبعية، وإذا كان الفقه الإسلامي

---

(١) يراجع: القوانين الفقهية ص (٢١٢)؛ وبلغة السالك (٢/٣٤٦)؛ والمجموع (٩/٢٨٢)؛ والمغني لابن قدامة (٣/٥٧١)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٣٤٣)؛ والمختصر النافع ص (١٤٢)؛ والبحر الزخار (٤/٣٦٩)؛ والروض النضير (٣/٤٢٥).

(٢) الغاية القصوى (١/٤٥٥).

(٣) المصدر السابق (١/٤٨٣)؛ والروضة (٣/٤٩٩).

(٤) المستصفى (١/٩٥)؛ والأشباه والنظائر ص (٣١٠).

(٥) المجموع (٩/٢٨٢).

(٦) المصادر السابقة جميعها في كل الكتب والأبواب الفقهية.

(٧) بدائع الصنائع (٣/١٥٤٤)؛ والقوانين الفقهية ص (١٨٣)؛ والغاية القصوى (٢/٧٥٥)؛ والمغني لابن قدامة (٦/٤٤٥).

يعطي للرضاء القدرة على إنشاء العقد، فإن هذا الفقه يقول بأن الآثار المترتبة عليه ليست من نتاج الإرادة، وإنما هي جعلية أي بترتيب الشارع الحكيم، فما العقد إلا سبب ظاهري يترتب عليه آثاره بأمر من الشارع، فدور الإرادة في الفقه الإسلامي يقف عند إنشاء العقد فقط، فقد نص الفقهاء والأصوليون على: أن العقود أسباب شرعية، وأن أحكامها وآثارها شرعية، فقد قال البزدوي: «فشرع الله تعالى سبب اكتساب المال، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض». وقال أيضاً: «عِلَلُ الشرع غير موجبة بذواتها، وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل، لكن إيجابه لما كان غيباً نسب الوجود إلى العلل فصارت موجبة في حق العباد بجعل صاحب الشرع إياها كذلك. . .»(١).

ويقول القرافي: «. . . إن الله تعالى تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل فيه إلا برضاهم»(٢). ويقول أيضاً: «فالأسباب القولية كالبيع والهبة والصدقة والقراض، وما هو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك. . . والسبب التام إذا أذن فيه من قبل صاحب الشرع وجب أن يترتب عليه مسببه، لأن وجود السبب المأذون فيه دون المسبب خلاف القواعد»(٣). ويقول الشاطبي: «إن السبب غير فاعل بنفسه، إنما وقع المسبب عنده»(٤). ويقول الغزالي: «وأما قسم المعاملات فلحل الأموال والأبضاع وحرمتها أيضاً أسباب ظاهرة من نكاح وبيع، وطلاق وغيره، وهذا ظاهر، وإنما المقصود أن نصبَ الأسباب أسباباً للأحكام أيضاً حكم من الشرع». ثم ذكر الغزالي أن الآثار الشرعية تحصل عند تحقق السبب، لا به بل بأمر من الشرع حيث يقول: «فإن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده، لا به، ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية لأنها لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، ولنصبه هذه الأسباب علامات لإظهار الحكم، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة فشابهت ما يحصل الحكم عنده»(٥). ويقول ابن النجار الحنبلي: «اعلم أن السبب

---

(١) كشف الأسرار (١٢٩١/٤ ـ ١٢٩٢).

(٢) الفروق (١٩٥/١).

(٣) المصدر السابق (٢٠٣/١ ـ ٢٠٤).

(٤) الموافقات، ط. دار المعرفة (١٩٦/١)؛ وتهذيب الفروق بهامش الفروق (١٦٣/٣).

(٥) المستصفى (٩٣/١ ـ ٩٤)؛ ويراجع تخريج الفروع للزنجاني ص (٦٤، ٨٧، ١٨٨)؛ وقواعد الأحكام لعز الدين بن عبدالسلام (٩٢/٢).

ويقول السبكي في الإبهاج (٤٧/١) تعليقاً على قول البيضاوي: «والنكاح والطلاق ونحوهما =

يوجد بالحكم عنده، لا به، وهو الذي يضاف إليه الحاكم... ولا شك أن الأسباب معرفات، إذ الممكنات مستندة إلى الله تعالى ابتداء عند أهل الحق، وبين المعرف الذي هو السبب، وبين الحكم الذي نيط به ارتباط ظاهر، فالإضافة إليه واضحة»[1]. ويقول ابن تيمية: «إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سبب منها»[2].

ومن هذا العرض يتبين لنا إجماع الفقه الإسلامي[3] على أن العقود أسباب ظاهرة تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند وجود أسبابها، فإذا تحقق العقد الصحيح تحقق عنده أثره بأمر الشارع وهو قوله تعالى ﴿ أَوْفُوا بالعُقُودِ ﴾[4]، وبإذن منه بأن التراضي يكون سبباً لحل الأموال، وطريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات حيث يقول تعالى: ﴿ يَا أَيُّها الذينَ آمَنوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾[5]، وغير ذلك من الآيات والأحاديث ـ التي سبق ذكرها.

ثم إن هذا التكييف الفقهي نابع من الصبغة الدينية التي تسود الفقه الإسلامي، والتي ينبثق منها الاعتقاد بأن الأمور كلها إلى الله تعالى، ويترتب على هذه النزعة إرجاع الآثار كلها إلى الله تعالى، وأنه جعل لكل عقد أثره الخاص عند تحقق أركانه وشروطه وأنه ليس بوسع العاقدين أن يتخلصا من الآثار التي وضعها الشارع لكل عقد أو يعملا فيها تعديلاً وتغييراً وإن تراضيا، وأن كل ما يسعهما هو الإقدام على العقد وإنشاؤه، ومن ثمة تكون آثاره بوضع الشارع، ومن هنا قد يثور التساؤل حول كيفية التوفيق بين كون العقود رضائية في الفقه الإسلامي مع أن آثارها جعلية شرعية؟.

للجواب عن ذلك أن رضائية العقود تكمن في حرية الاختيار للعاقد في الإقدام

= معرفات له أي أن العلل الشرعية معرفات لا مؤثرات، وكأن الله تعالى قال: إذا تزوج فلان بفلانة بشروط كيت وكيت فاعلموا أني حللتها له...».

(١) شرح الكوكب المنير (١/٤٤٥ ـ ٤٤٩).

(٢) فتاوى ابن تيمية، طبعة القاهرة سنة ١٣٢٨ هـ (٣/٢٣٥).

(٣) أي حتى الذين يوسعون في نطاق الرضا والشروط، كابن تيمية والمالكية متفقون مع غيرهم في أن آثار العقد شرعية. المصادر السابقة جميعها.

(٤) سورة المائدة: الآيـة ١.

(٥) سورة النساء: الآيـة ٢٩.

عليها أم لا، وفي أن له الحرية في التعبير بكل ما يدل على رضاه، وعند ذلك ينتهي دوره حيث قام بالسبب الظاهري الذي ينشأ عنده الأثر الشرعي بأمر الله تعالى[1]. يقول الشاطبي: «ومما يدل على هذا أيضاً أن السبب غير فاعل بنفسه، بل إنما وقع المسبب عنده، لا به فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب، والعبد مكتسب له ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾[2]. . . والأدلة على هذا تنتهي إلى القطع. . .»[3].

لكن ذلك لا يعني أن العاقد يغفل عن المسببات، بل يقصدها حينما يقصد السبب يقول الشاطبي: «إن المسببات لو لم تقصد بالأسباب لم يكن وضعها على أنها أسباب، لكنها فرضت كذلك فهي ولا بد موضوعة على أنها أسباب، ولا تكون أسباباً إلا لمسببات، فواضع الأسباب قاصد لوقوع المسببات من جهتها، وإذا ثبت هذا وكانت الأسباب مقصودة الوضع للشارع لزم أن تكون المسببات كذلك»[4]. ثم قال: «إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب قصد ذلك المسبب، أو لا، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات عُدَّ كأنه فاعل له مباشرة. . . وتشهد لهذا قاعدة مجاري العادات، إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها كنسبة الشبع إلى الطعام. . . وإذ كان هذا معهوداً معلوماً جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزان. . . فإذا كان كذلك فالداخل في السبب إنما يدخل فيه مقتضياً لمسببه. . .»[5].

فعلى هذا فما دام العاقد راضياً بإجراء السبب يكون راضياً بما يترتب عنده من أحكام، ومن هنا لا يجوز له أن يقصد بهذا السبب شيئاً مناقضاً لقصد الشارع، يقول الشاطبي: «إن القصد المناقض لقصد الشارع مبطل للعمل»[6].

فبناء على ما سبق أن الآثار شرعية عند جميع الفقهاء[7]، لكن ذلك لا يلغي الرضا والاختيار، إذ الإقدام على أسبابها لا يتم إلا بهما، ثم إن الشريعة الغراء جعلت آثار العقود الأساسية سواء كانت أصلية أو تبعية من اختصاص الشارع، لا من عمل

---

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٥٤).

(٢) سورة الصافات: الآية ٩٦.

(٣) الموافقات (١/١٩٦ - ١٩٧).

(٤) المرجع السابق (١/١٩٥).

(٥) المرجع السابق (١/٢١١ - ٢١٢).

(٦) الموافقات (١/٢١٥).

(٧) المصادر السابقة جميعها.

العاقد حفظاً للعدل بين الخلق، وصوناً للمعاملات من دواعي الفساد، ومنعاً للغرر والاستغلال، وحماية للطرف الضعيف، من الظلم والاعتساف، وحسماً للنزاع بين الناس والخلاف[1].

فالعقود في نظر الفقهاء الإسلاميين أسباب جعلية، وليست أسباباً طبيعية، فالشارع الحكيم هو الذي نظم آثار كل عقد بحيث لا يجوز لأحد تجاوزها، فلا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على أن لا ينقل عقد البيع الجاري بينهما الملكية، أو نحو ذلك، والحكمة في ذلك تعود إلى خطورة هذه الآثار والأحكام حيث لو تركت للناس وأهوائهم لارتكب باسمها المظالم ولانتشر بينهم الاستغلال[2]، وأكبر دليل على ذلك التجارب التي مرت بالشعوب، فالعرب في الجاهلية كانوا يتعاملون بأنواع العقود المختلفة من بيع وإجارة ورهن وغيرها من العقود والتصرفات، فكانوا يتحكمون فيها حسب أهوائهم، فاشتمل كثير من عقودهم على الظلم والجور والعدوان وتضمنت كثيراً من الغرر، والجهالة اللذين يقع بسببهما التشاحن والتباغض، فتعاملوا بالربا أضعافاً مضاعفة وأباحوا الميسر، وأجازوا بيع المضامين - أي ما في أصلاب الفحول - والملاقيح - أي ما في بطون الإناث - وبيع حبل الحبلة - أي نتاج النتاج - وبيع الكالىء بالكالىء - أي النسيئة بالنسيئة - وبيع الحصاة - وهو أن يجعل الرمي بيعاً[3] - والملامسة - وهي أن يجعل اللمس بيعاً - والمنابذة - أن يعلق البيع على النبذ فيكون بيعاً - وغير ذلك من العقود والتصرفات التي تضمنت الظلم والحيف، والتعسف والاستغلال، فقد كان القوي يفرض شروطه على الضعيف دون أن يكون للأخير حول ولا قوة، وكذلك كانت أغلب أنكحتهم فاسدة تنفر عنها الطباع السليمة[4].

وكذلك الأمر في أوروبا حينما تحررت من الشكلية الرومانية انطلقت الحرية

---

(١) الشيخ أبو زهرة، المصدر السابق ص (٢٥٤).

(٢) المصادر السابقة. ويراجع: الأستاذ الشيخ شوكت العدوي، المصدر السابق ص (١٢١).

(٣) فهذه العقود الجاهلية قد ورد بنهيها الأحاديث الصحيحة، فليراجع تفصيلها في: صحيح البخاري مع فتح الباري (٣٥٤/٤) وما بعدها؛ وصحيح مسلم (١١٥١/٣...)؛ وسنن الترمذي مع تحفة الأحوذي (٤١٢/٤...)؛ وسنن أبي داود مع عون المعبود (٢٩٦/٩...)؛ والنسائي (٢٢٢/٧...)؛ وابن ماجه (٧٣٣/٢...).

ويراجع أيضاً نصب الراية (١٠/٤ - ٢٩)؛ والمجموع (٢٥٧/٩...)؛ وتلخيص الحبير (١١/٣ - ٢٠)؛ والغاية القصوى، بتحقيقنا (٤٦٩/١ - ٤٧٤).

(٤) المصادر السابقة. ويراجع زاد المعاد (٤٥١/٢).

التعاقدية انطلاقاً دون أي قيد يذكر، وشاع مبدأ الحرية الفردية وأصبحت الإرادة في نظر الغلاة مصدر كل شيء، فارتكب باسمها أبشع المظالم، وطحن على صخرتها كثير من حقوق الضعفاء، وقصم بها ظهور الطبقة الكادحة، حيث لم تستطع إرادة الضعيف أن تقاوم إرادة القوى فكيف يستطيع العامل المحتاج إلى عمل أن يقف أمام ما يفرضه صاحب الشركة المستغل من شروط تعسفية، إلى أن ظهرت صيحات المصلحين بتقيد الإرادة من جديد، كما سبق(١). ومن هنا فالله تعالى الذي يعلم الطبائع والنفوس نظم ـ بحكمته ـ الحقوق المترتبة على العقود تنظيماً عادلاً قائماً على المساواة بين العاقدين في حقوق تصرفهما وواجباته وبذلك ضمن لكل واحد منهما حقوقه التي لا يستطيع الآخر أن ينال منها.

ومع كل ذلك فهناك بعض الأمور يمكن للإرادة فيها أن تجول وللرضا فيها أن يسيح، وهذا ما سنذكره في الفرع الآتي.

الفرع الثالث
مدى الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي

يقصد بالحرية التعاقدية صلاحية الرضا والإرادة في إنشاء العقود دون قيد، وفي فرض الشروط التي يريدها المتعاقدان أو أحدهما(٢).

فعلى هذا فالحرية التعاقدية تتضمن مسألتين هما عدم التقيد بالعقود المذكورة في التشريع، وحرية اشتراط الشروط، نذكرهما في غصنين:

الغصن الأول
عدم التقيد بالعقود الواردة في الشرع

وهذا يعني إحداث عقود أخرى غير ما وردت به مصادر الشرع المعتبرة وبعبارة أخرى هل نكون مقيدين بعدد العقود التي تذكرها الكتب الفقهية والتي كانت موجودة في عصر الرسول ﷺ وقد وردت بتقريرها الأدلة الشرعية المعتبرة فعلى هذا لا يجوز

---

(١) يراجع الباب التمهيدي من هذه الرسالة.

(٢) الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٥٨)؛ وأستاذنا العدوي، المصدر السابق ص (١٢٠).

استحداث عقد جديد في عصر من العصور المتأخرة؟ أم أن حرية ذلك مكفولة، فللناس أن يستحدثوا ما شاءوا من العقود.

للجواب عن ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء المسلمين إطلاقاً في عدم جواز استحداث عقد فيه مخالفة صريحة لدليل قطعي من الكتاب أو السنة، فالعقود التي أبطلها الإسلام كالملامسة والمنابذة، ونحوهما لا يقول بجوازهما أحد[1]. وكذلك الأمر في إنشاء عقد يكون فيه الربا، أو غيره من المحرمات، يقول الإمام الشافعي في معرض كلامه عن الوفاء بجميع العقود: «فظاهره عام على كل عقد... ويشبه والله أعلم: أن يكون الله تبارك وتعالى أراد أن يوفوا بكل عقد ـ كان يمين أو غير يمين ـ وكل عقد نذر: إذا كان في العقدين لله طاعة أو لم يكن له ـ فيما أمر بالوفاء منها ـ معصية»[2].

ويقول العلامة ابن تيمية ـ الذي هو من أشد المدافعين عن التوسع في العقود ـ: «وقال ﷺ أيضاً في الحديث الصحيح... في شأن بريرة لما خطب على المنبر: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط»، هذا لفظ هشام، وفي رواية الزهري عن عروة: «وإن شرط مائة مرة، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»[3]. بين ﷺ بهذه الكلمة ـ التي هي من جوامع الكلم التي بعث بها ـ أن ما خالف كتاب الله وشرط الله فهو باطل، وأن كتاب الله أحق أن يتبع مما خالفه، وشرط الله أوثق من شرط غيره... ولهذا اتفق العلماء على أن من شرط في عقد من العقود شرطاً يناقض حكم الله ورسوله فهو

(١) المصادر السابقة جميعها، قال ابن المنذر في كتابه الإجماع ـ ط. تركيا ـ ص (٩١ ـ ٩٢): «وأجمعوا على تحريم ما حرم الله من الميتة، والدم، والخنزير... وعلى أن بيع الخنزير وشراءه حرام...، وعلى فساد بيع حبل الحبلة، وما في بطن الناقة،... وعلى فساد بيع المضامين، والملاقيح... وعلى النهي عن بيع المحاقلة والمزابنة...». وقال ابن هبيرة الحنبلي في الإفصاح ص (٣٢٦): «وأجمع المسلمون على أنه لا يجوز بيع الذهب بالذهب منفرداً والورق بالورق منفرداً ـ تبرها ومضروبها وحليها ـ إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن يداً بيد، وأنه لا يباع شيء منها غائب بناجز، فقد حرم في هذا الجنس الربا من طريق الزيادة والنساء جميعاً»، وهكذا.

(٢) أحكام القرآن للشافعي (٢/٦٦).

(٣) الحديث صحيح مشهور متفق عليه: رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٥/٣٢٤ ـ ٣٢٦)؛ ومسلم في صحيحه (٢/١٢٤١)؛ والترمذي في سننه مع تحفة الأحوذي (٤/٤٦٧)؛ وأبو داود في سننه مع العون (٦/٣١٥)؛ والنسائي في سننه (٧/٢٦٩)؛ وابن ماجه (٢/٨٤٢)؛ وأحمد في مسنده (١/١٥٢)؛ والموطأ ص (٤٨٨).

باطل... فمن شرط في بيع، أو نكاح، أو إجارة حِلَّ ما حرمه الله ورسوله، أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله كان شرطاً باطلاً... وأما ما كان مباحاً أن يفعله الإنسان بدون الشرط فهل يلزم بالشرط؟...»[1]. إذن فمحل النزاع في استحداث عقود مباحة أي لم يرد بتحريمها نص، فهذا ما وقع فيه الخلاف على مذهبين:

مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز ذلك، وأن الناس أحرار في أن ينشؤا ما شاءوا من العقود ما لم يرد به نص يحرِّم إنشاءهَ، أي أن الأصل عندهم في إنشاء العقود الإباحة ما لم يرد دليل على منعه. فعلى هذا يبحث عن عدم الجواز حينما يرد دليل يدل عليه صراحة وهذا مذاهب الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] والإمامية[6] والزيدية[7] ودافع عنها بشدة شيخ الإسلام ابن تيمية[8].

ومذهب الظاهرية القائلين بعدم جواز ذلك وأن الأصل في إنشاء العقود الحظر ما لم يرد دليل بجوازه.

نصوص الجمهور وأدلتهم:

نذكر بعض نصوص الجمهور وذلك لأن شيخ الإسلام ابن تيمية نقل عن بعضهم أنهم يقولون بمثل ما يقول به الظاهرية حيث قال: «والذي يمكن ضبطه فيه قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعية، وطائفة من أصول أصحاب مالك، وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر، ولا قياس كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه..»[9].

---

(١) قاعدة العقود ص (١٤ ـ ١٥).

(٢) تبيين الحقائق (٤/٨٧).

(٣) الفروق للقرافي (٣/١٤٥)؛ والموافقات للشاطبي (٢/٣٠٧).

(٤) الأم (٣/٢).

(٥) المغني لابن قدامة (٣/٥٦٠).

(٦) تذكرة الفقهاء للحلي (٧/١٦٥).

(٧) البحر الزخار (٢٩٢)؛ والروض النضير (٣/٤٢٥ ـ ٤٤٠).

(٨) قاعدة العقود ص (١٥ ـ ١٨...)؛ والقواعد النورانية ص (١٨٤).

(٩) القواعد النورانية، ط. م. السنة المحمدية ١٩٥١، ص (١٨٤)؛ ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط. دار العربية (٢٩/١٢٦).

ومع أن لازم المذهب ليس بمذهب لم يذكر أصلاً للحنفية والمالكية، والشافعية يدل على ما ادعاه كما ذكره لأحمد. ونحن هنا نذكر نصوص هؤلاء الفقهاء ليظهر لنا بوضوح أنهم ليسوا مع الظاهرية في هذه المسألة، فقد نص العلامة الزيلعي على أن الأصل في العقود هو الحل حيث يقول: «ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه، بخلاف النكاح، لأن الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق إعزازاً له لشرف الآدمي»[1].

فهذا النص في غاية الوضوح من حيث الدلالة على أن الأصل في العقود الواردة على الأموال الإباحة، بخلاف العقود الواردة على الشخص كالنكاح ونحوه، بل إن الحنفية قد يستدلون على مشروعية عقد بأنه لم يرد فيه نص بتحريمه وأنه قد جرى الناس على العمل به من غير نكير يقول الكاساني في الاستدلال لمشروعية المضاربة: «يدل على الجواز أيضاً. . . أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة، لأن الإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقدِ دفعُ الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم»[2].

وكذلك الأمر في مشروعية شركة المضاربة، حيث قالوا فيها: «وكذا الناس يعاملونها من غير نكير»[3]، بل ادعى عبد العزيز البخاري إجماع العلماء على أن «الأصل في الأموال بعد ورود الشرع الإباحة ما لم يظهر دليل الحرمة»[4].

وهكذا بين الإمام الشاطبي أن الأصل في الأمور العادية ـ أي غير العبادات ـ الإباحة حيث يقول: «الأصل في العبادات بالنسبة للمكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني. . .». ثم علل ذلك بأمور «أولها: الاستقراء فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيث دار. . والثاني: أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات. . .،

---

(١) تبيين الحقائق (٨٧/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٣٥٨٨/٨).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٧/٥).

(٤) كشف الأسرار (٨١٦/٣).

ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد بها اتباع المعاني، لا الوقوف مع النصوص... وأما العاديات، وكثير من العبادات أيضاً فلها معنى مفهوم، وهو ضبط وجوه المصالح...»[1].

بل قد صرح القرافي بأوضح عبارة بأن الأصل في السلع الإباحة وأن الأصل في البضع الحرمة فقد ذكر أن الفرق بين النكاح الذي لا ينعقد إلا باللفظ، وبين البيع الذي ينعقد بغير اللفظ كالتعاطي يكمن في أن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب وفقاً للمفسدة بحسب الإمكان. يقول القرافي بعد سرد هذه القاعدة: «فلهذه القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات وإن بعدت حتى أوقعه مالك بالتسبيح والتهليل وجميع الألفاظ إذا قصد بها الطلاق، لأنه خروج من الحل فيكفي فيه أدنى سبب ولم يجز النكاح بكل لفظ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح، لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجوزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العرضين، **لأن الأصل في السلع الإباحة** حتى تملك، بخلاف النساء، **الأصل** فيهن التحريم حتى يعقد عليهن...»[2].

وبالإضافة إلى هذه النصوص فإن الذي أسنده ابن تيمية إلى المالكية لا يتناسب مع قواعد مذهبهم التي تقضي بالمصالح المرسلة[3]. وأما الشافعية فقد رجح إمامهم الشافعي القول بجواز كل بيع يتبايعه العاقدان إلا ما دل الدليل على حرمته، حيث يقول[4]: «وذكر الله البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته، فاحتمل إحلال الله عز وجل البيعَ معنيين، أحدهما: أن يكون أحل كل بيع تبايعه المتبايعان جائزي الأمر فيما تبايعاه عن تراض منهما، وهذا أظهر معانيه..». ثم لم يكتف بهذا الترجيح، بل صرح قائلاً: «فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ

---

(١) الموافقات (٢/٣٠٠ ـ ٣٢٢).

(٢) الفروق (٣/١٤٥).

(٣) الموافقات (٢/٣٠٧...). ويراجع الشيخ أبو زهرة، المصدر السابق ص (٣٦٣ ـ ٣٧٢)؛ والشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١٢٧).

(٤) الأم (٣/٢).

محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى»[1].

فلا أظن أن هذا النص يحتاج إلى تعليق حيث هو في منتهى الصراحة على أن أصل البيوع كلها مباح إلا ما دل الدليل على حرمته، بل صرح أيضاً في أحكام القرآن بأن الأصل في الأموال الإباحة[2]، وقال أيضاً في الأحكام: «فقد ذكر الله عزّ وجلّ الوفاء بالعقود بالإيمان في غير آية من كتابه منها قوله عزّ وجلّ: ﴿ وأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُم. . . ﴾[3]، قال الشافعي: «هذا من سعة لسان العرب الذي خوطبت به، فظاهره عام على كل عقد. . .»[4].

وكذلك الأمر عند أصحابه فقد صرح الأصوليون من الشافعية بأن الأصل في المنافع الإباحة يقول البيضاوي[5]: «الأصل في المنافع الإباحة، لقوله تعالى: ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا في الأَرْضِ جَمِيعاً ﴾[6]».

بل صرح الفخر الرازي الشافعي في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾[7] بأن: «هذه الآية دالة على أن كل عقد وقع التراضي عليه بين الخصمين فإنه انعقد وصح وثبت، لأن رفعه بعد ثبوته يكون إفساداً بعد الإصلاح، والنص دال على أنه لا يجوز، وإذا ثبت هذا القول فإن مدلول هذه الآية من هذا الوجه متأكد بعموم قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالعُقُودِ ﴾[8]، وبعموم قوله تعالى: ﴿ لِمَ تَقُولُونَ مَا لا تَفْعَلُون. كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلونَ ﴾[9]، وتحت قوله: ﴿ والذينَ هُم لأَمَانَاتِهِم وعَهْدِهِمْ رَاعُون ﴾[10]، وتحت سائر العمومات الواردة في وجوب الوفاء بالعهود والعقود. إذا ثبت هذا فنقول: إن وجدنا نصاً دالاً على أن بعض العقود التي

(١) المصدر السابق (٢/٣ - ٣).
(٢) أحكام القرآن للشافعي (٩٣/٢).
(٣) سورة النحل: الآية ٩١.
(٤) المرجع السابق (٦٦/٢).
(٥) المنهاج مع شرحه للاسنوي (٣٥٢/٤).
(٦) سورة البقرة: الآية ٢٩.
(٧) سورة الأعراف: الآية ٥٦.
(٨) سورة المائدة: الآية ١.
(٩) سورة الصف: الآية ٢، ٣.
(١٠) سورة المؤمنون: الآية ٨. وسورة المعارج: الآية ٣٢.

وقع التراضي به من الجانبين غير صحيح قضينا فيه بالبطلان تقديماً للخاص على العام، وإلا حكمنا فيه بالصحة رعاية لمدلول هذه العمومات»[1].

فهذا النص في غاية الصراحة في دلالته على أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمتها، بل نجد تطبيقات هذا الأصل لدى فقهائهم، فمثلاً نجد العلامة الجلال المحلي يعلل صحة كفالة البدن بالحاجة إليها[2].

ولا يختلف الأمر عند الحنابلة، حيث يقول المرادوي وابن النجار أن «الأعيان المنتفع بها، والعقود المنتفع بها قبل ورود الشرع بحكمها.. أو بعده، وخلا عن حكمها، أو لا ـ أي أو لم يخل الشرع عن حكمها وجهل... مباحة، وبالإباحة قال أبو الحسن التميمي، والقاضي أبو يعلى وأبو فرج الشيرازي، وأبو الخطاب...»[3]. فعلى هذا فأكثر أصحاب أحمد يقولون بمثل ما يقول به الجمهور، بل ذكر ابن النجار نقلاً عن القاضي أن أحمد أشار إلى هذا الأصل ـ أي على عكس ما قاله ابن تيمية ـ حيث يقول: «قال القاضي: وأومأ إليه أحمد، حيث سئل عن قطع النخل؟ قال: لا بأس. لم نسمع في قطعه شيئاً... قال ابن قاضي الجبل وغيره: الأدلة الشرعية دلت على الإباحة، لقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَا في الأَرْضِ جَميعاً﴾[4]...، وقوله ﷺ: «ما سكت عنه فهو عفو»[5]، وعند ابن حامد، والقاضي في العدة، والحلواني... محرمة..»[6].

وقد أسند العلامة ابن قيم الجوزية القول بالجواز إلى جمهور الفقهاء خلافاً للظاهرية حيث يقول في معرض رده على منكري القياس ـ وعلى رأسهم الظاهرية ـ: «الخطأ الرابع لهم اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم، ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط، أو عقد، أو معاملة استصحبوا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس،

---

(١) التفسير الكبير للفخر الرازي (٤/ ٣٥٠).
(٢) شرح الجلال المحلي على المنهاج (٢/ ٣٢٧).
(٣) الكوكب المنير للمرداوي، مع شرحه لابن النجار (١/ ٣٢٢ ـ ٣٢٥).
(٤) سورة البقرة: الآية ٢٩.
(٥) رواه أبو داود في سننه (٣/ ٤٨٥)؛ والترمذي في سننه مع التحفة (٥/ ٣٩٦)؛ وابن ماجه في سننه (٢/ ١١١٧)، بلفظ: «الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفى عنه».
(٦) شرح الكوكب المنير (١/ ٣٢٢ ـ ٣٢٧).

وعقودهم، وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل، وجمهورُ الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود وآلشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع، أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله. . .، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم. . .»[1].

ومن خلال هذا العرض تبين لنا أن جمهور الفقهاء على جواز استحداث العقود التي لم تذكر في الكتب الفقهية ما دامت لم تخالف نصاً صريحاً يدل على حرمتها.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أما الكتاب فالآيات في ذلك كثيرة منها قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُود ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالعَهْدِ إنَّ العَهْدَ كانَ مسؤولاً﴾[4]. فهذه الآيات وغيرها تدل بوضوح على إيجاب الوفاء بالعقد مطلقاً دون أن يقيد بشيء إلا ما دل الدليل الخاص على تحريمه، فعلى هذا فكل عقد عقده الإنسان وعزم عليه فهو واجب الوفاء إلا إذا كان يتعارض مع نص شرعي خاص، يقول العلامة ابن تيمية: «فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الأَدْبَارَ وكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْؤلاً﴾[5] فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر، والبيع. . . وقال سبحانه: ﴿ وَٱتَّقُوا اللَّهَ الذي تَسَاءَلُونَ بِهِ والأَرْحَامَ ﴾[6]، قال المفسرون ـ كالضحاك وغيره ـ تساءلون به: تتعاهدون وتتعاقدون وذلك، لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه

(١) أعلام الموقعين (١/٣٤٤ ـ ٣٤٥).

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

(٤) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٥) سورة الأحزاب: الآية ١٥.

(٦) سورة النساء: الآية ١.

العقد من فعل، أو ترك، أو مال، أو نفع، ونحو ذلك، وجمع سبحانه في هذه الآية وسائر السورة أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر. . .»[1].

والحقيقة أن الآيات في إيجاب الوفاء بالعقود كثيرة جداً[2].

وأما السنة فقد وردت في إيجاب الوفاء بالعقود، والحفاظ على الوعود والعهود أحاديث كثيرة منها:

أولاً: ما ورد في الصحيحين وغيرهما من كتب السنة بسندهم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[3].

فقد دل هذا الحديث الصحيح على حرمة نقض كل معاهدة إلا ما دل الدليل الخاص على حرمتها، وعلى حرمة مخالفة كل الوعود المباحة فحينئذ يكون الوفاءُ بالعهد، والصدقُ في القول واجبين من الواجبات التي لا يجوز الإخلال بها، فعلى هذا إذا عقد شخص عقداً مباحاً لم يرد به دليل خاص فهو واجب الوفاء به بنص هذا الحديث، لأنه إن لم يف به فقد تحققت فيه خصلة من خصال النفاق.

ثانياً: ما رواه الترمذي، والبزار من حديث كثير بن عبدالله ابن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح[4]. وهذا الحديث وإن كان لا يخلو من مقال لكن كثرة طرقه يشد بعضها بعضاً، يقول ابن تيمية: «وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً»[5].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/١٣٨ - ١٣٩).

(٢) يراجع: القواعد النورانية لابن تيمية في سرد هذه الآيات الكريمة ص (١٩٢ - ١٩٦)؛ ومجموع الفتاوى (٢٩/١٣٨ - ١٤٤).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سنن الترمذي مع شرح تحفة الأحوذي، كتاب الأحكام، باب الصلح بين الناس (٤/٥٨٤).

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/١٤٧). ويراجع: نيل الأوطار (٦/٤٢٨).

ولهذا رواه البخاري في صحيحه تعليقاً لكن بصيغة الجزم وبدون الاستثناء[1]، والعلماء قالوا: إن تعليقاته بصيغة الجزم تكون في حكم الصحيح[2]. ورواه أيضاً أبو داود، والحاكم من حديث الوليد بن رباح عن أبي هريرة بلفظ: «المسلمون عند شروطهم»[3] أي بدون الاستثناء.

فهذا الحديث دليل على أن كل مصالحة وكل شرط جائزان إلا ما دل الدليل على حرمته يقول ابن تيمية: «وهذا المعنى هو الذي يشهد عليه الكتاب والسنة...، فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإنَّ شرطَهُ حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه»[4].

وأما الآثار فقد قال ابن تيمية: وآثار الصحابة توافق ذلك[5].

وأما المعقول فهو أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم ـ كما سبق أن نقلنا على ذلك نصوص جمهور الفقهاء ـ لأنه لو كان الأصل فيها الحرمة لكان القرآن الكريم والسنة المشرفة يبينان لنا ذلك لقوله تعالى ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَا حَرَّمَ عَلَيْكُم ﴾[6]، فإذا لم تكن محرمة لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، يقول ابن تيمية: «وإذا ظهر أن العقود لا يحرم منها إلا ما حرمه الشارع فإنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصه الدليل. على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل، بل والعقلاء جميعهم»[7].

ثم إن أساس العقود ـ كما سبق ـ هو التراضي، وموجبها هو ما أوجبه العاقدان على أنفسهما، ويدل على هذا الأصل في التبرعات قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الإجارة (٤/٤٥١)، بلفظ: «وقال النبي ﷺ: المسلمون عند شروطهم».

(٢) المجموع للنووي (١/٦٣).

(٣) سنن أبي داود مع العون (٩/٥١٦).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/١٢٧ ـ ١٤٨).

(٥) المرجع السابق (٢٩/١٥٠).

(٦) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٧) مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٤)؛ والقواعد النورانية ص (٥٣).

شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾[1]، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فيكون ذلك الوصف سبباً لذلك الحكم فإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، كما يدل على هذا الأصل في المعاوضات قوله تعالى: ﴿ . . . إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾[2]، حيث لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، فتثبت الإباحة في كل عقد توفر فيه التراضي لدلالة القرآن[3].

أدلة الظاهرية:

استدل الظاهرية على بطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما دل الدليل النقلي على مشروعيته بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُم ﴾[4]، حيث يدل على أن الدين قد كمل، وأن الشريعة جاءت بكل ما يحتاجه الناس في أمور دينهم ودنياهم، فعلى هذا لا يجوز زيادة أي عقد أو شرط لم يرد به الدليل الشرعي المطلوب من كتاب، أو سنة، فيكون إحداث عقد لم يكن وارداً فيها يكون زيادة على الدين وخروجاً عنه فلا يصح.

وقد أكد هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون ﴾[5]. قال ابن حزم: «فهذه الآيات. . . براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك»[6].

وأما السنة فهي ما رواه البخاري وغيرهما بسندهم عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت عليَّ بريرةُ، وهي مكاتبة، فقالت: يا أم المؤمنين: اشتريني، فإن أهلي

---

(١) سورة النساء: الآية ٤.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٥)؛ والقواعد النورانية ص (٢٠٣).

(٤) سورة المائدة: الآية ٣.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٦) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم، ط. مكتبة عاطف بالقاهرة (٥/٧٨٢ ـ ٧٨٣).

يبيعوني، فأعتقيني. قالت: نعم قالت: إن أهلي لا يبيعونني حتى يشترطوا ولائي. قالت: لا حاجة لي فيك. فسمع ذلك رسول الله ﷺ - أو بلغه - فقال: «ما شأن بريرة؟» فقال: «اشتريها، فأعتقيها وليشترطوا ما شاؤوا» وفي لفظ زيادة: «فإنما الولاء لمن أعتق» قالت: فاشتريتها فأعتقتها واشترط أهلها ولاءها... ثم قام رسول الله ﷺ فقال: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق»[1].

فهذا الحديث ظاهر في بطلان جميع الشروط التي ليست في كتاب الله لأن لفظ «من اشترط» عام، وأكد هذا العموم «وإن شرط مائة شرط»[2]، فهذا الحديث وإن كان في الشروط لكنه يشمل العقود التي ليست في كتاب الله ولا في سنة رسوله، وذلك لأن اسم الشرط يقع عليها.

وقد استدلوا أيضاً بقوله ﷺ في الحديث الصحيح: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[3]. ولا شك أن إحداث عقد، أو شرط ليس في كتاب ولا سنة رسوله فهو عمل ليس عليه أمر الرسول ﷺ فيكون مردوداً باطلاً.

واستدلوا أيضاً بأن القول بإحداث عقد، أو شرط ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ يترتب عليه محظور لا يمكن أن يقبل وهو ما يوضحه ابن حزم بقوله: «فنقول لكم الآن: فإن كان هكذا فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً، إما أن يكون فيه إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن أو على لسان رسول الله ﷺ فهذا عظيم لا يحل قال تعالى: ﴿ولا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ﴾[4]. ونسألهم حينئذ عمن التزم - في عهده وشرطه وعقده ووعده - إحلال الخنزير والأمهات، وقتل النفس، فإن أباح ذلك كفر، وإن فرق بين شيء من ذلك تناقض وسخف وتحكم في الدين بالباطل. وإما أن يكون التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن، أو على لسان رسوله ﷺ فهذا عظيم لا يحل قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾[5]. ونسألهم حينئذ عمن حرم الماء والخبز، والزواج وسائر المباحات، وقد صح أن محرم الحلال كمحلل الحرام ولا فرق.

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٥/١٨٧، ٣٢٤)؛ ومسلم (٢/١٢٤١).

(٢) فتح الباري (٥/١٨٩)؛ والمحلى لابن حزم (٩/٤٠٦)؛ والأحكام له (٥/٧٨٢).

(٣) الحديث صحيح متفق عليه وقد سبق تخريجه.

(٤) سورة التوبة: الآية ٢٩.

(٥) سورة التحريم: الآية ١.

وإما أن يكون التزم إسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن أو على لسان رسوله ﷺ فهذا عظيم لا يحل، ونسألهم حينئذ عمن التزم في عهده وعقده وشرطه إسقاط الصلوات، وإسقاط صوم شهر رمضان وسائر ذلك فمن أجاز ذلك فقد كفر، وإما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه، فهذا عظيم لا يحل، ونسألهم عمن التزم صلاة سادسة، أو حج إلى غير مكة، أو في غير أشهر الحج.

وكل هذه الوجوه تعدٍ لحدود الله وخروج عن الدين، والمفرق بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل فنعوذ بالله من ذلك»[1].

المناقشة والترجيح:

تلك هي خلاصة أدلة الفريقين وقد ناقش كل فريق الفريق الآخر فقد ناقش ابن حزم أدلة الجمهور بما يأتي:

أولاً: إن الآيات التي احتج بها الجمهور لا يدل على المدَّعَى بدليل أن من شرط أن يعمل محرماً لا يجوز الوفاء به، فعلى هذا لم تكن دلالة هذه الآيات عامة، بل خاصة بالعقود والشروط التي وردت في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ[2].

ويمكن الجواب عن هذه المناقشة بأن الآيات لا شك في عمومها غير أنها تخصص بالأدلة الشرعية الدالة على عدم جواز الالتزام بما هو محرم، لكن ذلك لا يدل على تخصيصه بعدم جواز الالتزام بالمباح الذي نزاعنا فيه.

ثانياً: ناقش ابن حزم الأحاديث التي استدل بها الجمهور فقال: «ثم نظرنا فيما احتجوا به من قول رسول الله ﷺ: إن إخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق فوجدناهم لا حجة لهم فيه، أول ذلك أن الحنفيين والمالكيين المخالفين لنا في كثير من هذا الباب ـ مع عظيم تناقضهم في ذلك ـ مجمعون على أن من قال لآخر لأهبن لك غداً ديناراً، أو سأهبك اليوم هذا الثوب، وما أشبه هذا فإنه لا يقضي عليه بشيء من ذلك عندهم فهم أول تارك لما احتجوا به»[3].

وهـذه المناقشة مردودة لأنها ليست مناقشة موضوعية، وإنما هو إلزام الخصم بشيء في غير محل الدعوى، فيمكن أن يكون الحنفية والمالكية لا يقولون بمسألة

---

(١) الأحكام لابن حزم (٥/٧٨٣ ـ ٧٨٤).

(٢) المصدر السابق (٥/٧٨٤).

(٣) الأحكام لابن حزم (٥/٧٩٠).

لدليل خاص عندهم مع أنهم يقولون بمسألة أخـرى، ثـم إن قضية عدم وجوب الوفاء في المسألة التي ذكرها ابن حزم ليست محـل الإجماع كما قال هو، بل إن أحد أقوال المالكية على وجوب الوفاء بها[١]. ثم إن ابن حزم حمل الوعد في الحديث على الوعد بما افترض الله تعالى الوفاء به، وألزم فعله كالديون الواجبة والأمانات الواجب أداؤها والحقوق المفترضة فقط[٢]. وهذا التأويل خلاف الظاهر، فكيف سمح به الظاهري لأن الحديث على هذا التـأويـل ليس فيه فائدة جديدة، لأن ما افترض الله تعالى على الإنسان يجب عليه وفاؤه سواء وعد، أم لم يعد، ولا شك أن التأسيس خيـر من التأكيد.

وناقش ابن حزم الحديث الثاني للجمهور بأنه حديث لا يصح وذلك لأن في سنده كثير بن عبدالله وهو هالك تركه أحمد ويحيى، وله طريق أخرى لكن فيها الوليد بن رباح وهو مجهول، وله طريق ثالثة لكن فيها محمد بن عبد الرحمن بن السلماني، وهو ضعيف[٣]. فقد قال يحيى بن معين: هو ضعيف[٤]. وذكره الدارقطني في الضعفاء والمتروكين[٥]. وقال الحافظ ابن حجر: ضعيف من السابعة، منهم من نسبه إلى الكذب[٦].

ويمكن الجواب عن ذلك بأن الترمذي ـ وهو الحافظ الحجة ـ قد حكم على هذا الحديث بأنه حديث حسن صحيح[٧]، وما ذلك إلا لأن كثرة طرقه قد عضدته، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فلعل تصحيح الترمذي له لروايته من وجوه... وهذه الأسانيد ـ وإن كان الواحد منها ضعيفاً ـ فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً»[٨]. ثم إنه لو سلمنا بأن هذا الحديث ضعيف فلا تنهار حجج الجمهور حيث تبقى بقية حججهم سليمة فتنهض دليلاً وبرهاناً على المطلوب.

---

(١) يراجع: فتح العلي المالك (١/٢٤٥).

(٢) الأحكام (٥/٧٩٠).

(٣) المصدر السابق (٥/٧٩٣ ـ ٧٩٤).

(٤) سؤالات محمد بن عثمان، الترجمة (٨٤).

(٥) يراجع: الضعفاء والمتروكون للدارقطني، بتحقيق موفق عبدالله، ط. مكتبة المعارف ص (٣٣١)؛ والجرح والتعديل (٣/٢/١٥٤).

(٦) تقريب التهذيب (٢/١٣٢).

(٧) سنن الترمذي مع التحفة (٤/٥٨٤).

(٨) مجموع الفتاوى (٢٩/١٤٧)؛ والقواعد النورانية ص (١٩٨).

وأما الجمهور فقد ناقشوا أدلة الظاهرية بما يأتي:

أولاً: إن الآيات التي استدل بها الظاهرية لا تدل على المطلوب وذلك لأن قوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ لا يدل على عدم جواز استحداث عقد جديد لا يخالف قواعد الشريعة الغراء، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن جواز استحداث عقد جديد مدلول عليه من الدين نفسه وهو الآيات الواردة بوجوب الوفاء بالعقود ـ كما سبق.

الوجه الثاني: أن هذه الآية لدليل على مشروعية القياس والاستنباط وذلك لأن الله تعالى حكم على هذا الدين بالكمال، أي أنه قد بين فيه جميع الأحكام لكل الأمور الموجودة والمستحدثة، فلا شك أن هناك أموراً قد أحدثت بعد عصر الرسالة، فكيف نعرف حكمها؟ لا يخفى أن حكمها يعرف من خلال الاستنباط من القواعد العامة التي يتضمنها هذا الدين، وهي تشمل الموجود والمستحدث دلالة واستنباطاً، ولهذا ذكر الإمام الرازي في تفسير هذه الآية أن كمال الدين يكمن في نصوصه العامة التي تضبط جميع الوقائع الموجودة، والحادثة نصاً، أو استنباطاً، وذلك لأن الوقائع قسمان: قسم نص الشرع على أحكامه صراحة، والآخر لم ينص على حكمه لكنه يفهم حكمه استنباطاً وقياساً على القسم الأول(1). فعلى هذا إذا دعت الحاجة إلى إنشاء عقد لم يكن موجوداً في زمن الرسالة ولا يتضمن حراماً يكون جائزاً قياساً على العقود المشروعة، بالإضافة إلى أننا لا نحتاج إلى قياس، لأن لفظ «العقود» في قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بالعقود ﴾ عام لجميع ما يعقد عليه القلب من الأمور المباحة ويعزم عليه ويظهر هذا العزم إلى الخارج من خلال وسائل التعبير، إذ لم يرد دليل شرعي معتبر يدل على تخصيص عقد دون آخر ما دام مشروعاً.

وأما استدلال الظاهرية بالآية الثانية فيرد عليه أنها تدل على أن الظالم هو من تجاوز حدود ما رسمه الله له، مثل أن يتجاوز أحكام الطلاق أو غيره من الأوامر والمناهي، فهذا مسلم لا يماري فيه إلا مكابر لكن هل تدل الآية على أن إحداث عقد جديد لا يتضمن محرماً يكون تعدياً على حدود الله فليس فيها ما يشير إلى ذلك. نعم لو كان لهم دليل منصوص على أن ذلك محرم لقلنا به، ولو وجد دليل من الكتاب أو السنة على كون العقد الفلاني محرماً لقلنا إنَّ تجاوز ذلك يكون ظلماً يدخل في ضمن التعدي على حدود الله، ولهذا حكم الجمهور أيضاً على حرمة عقود الربا والميسر، بل

---

(1) يراجع التفسير الكبير (٣/٣٥٦).

كل عقد اشتمل على مفسدة بينة، أما إذا لم يتضمن هذا، ولا ذاك فإن القول بكونه تعدياً على حدود الله غير مقبول نقلاً وعقلاً.

وأما استدلالهم بالسنة فيناقش الحديث الأول باستبيان المراد من «كل شرط ليس في كتاب الله» ما هو؟ فإن قالوا: المراد به: الشرط الذي دل على جوازه الكتاب بخصوصه، نقول لهم: هذا المعنى لا يتفق حتى مع مذهبكم حيث إنكم تقولون بصحة الشروط التي أقرتها السنة والإجماع مع أنها لم يرد بجوازها دليل خاص من الكتاب.

وإن أريد به: الشرط الذي دل عليه الكتاب بعمومه فهذا مسلم لكنه لا يكون حجة على الجمهور، إذ جميع الشروط المباحة داخلة في عموم الآيات الواردة في وجوب الوفاء بما يلتزم به الإنسان من المباحات مثل قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بالعقود ﴾[1].

وأما استدلالهم بالحديث الثاني فغير مسلم لأنه لا يدل على المطلوب وذلك لأن العقود المستحدثة التي لم تحتو على مخالفة الشريعة لا تدخل في نطاق الأمر الذي ليس عليه أمر الشرع، بل هي داخلة في الأمور المباحة التي إذا التزم بها الإنسان يجب الوفاء بها تطبيقاً لعموم الآيات الواردة بإيجاب الوفاء بها، فالحديث يدل على بطلان الأمور المستحدثة التي ليس عليها أمر الشريعة البتة بل تخالفها، ولهذا لا يقول الجمهور أيضاً بصحة العقود التي تخالف الشرع، ولهذا يقول الحافظ ابن حجر في شرح هذا الحديث: «فإن معناه من اخترع في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله فلا يلتفت إليه»[2].

وأما الوجوه الأربعة التي رتبها ابن حزم على قول الجمهور فإلزام من غير لزوم، فالجمهور لا يقولون بجواز شيء يُحل حراماً، أو يُحرِّم حلالاً، أو يُسْقِطُ واجباً، أو يُزيدُ عبادةً فليس الخلاف في عدم جواز العقود التي تؤدي إلى ذلك وإنما الخلاف في نطاق العقود التي لم يرد بها نص شرعي لا بجوازها، ولا بحرمتها بل إن النص الشرعي قد ورد عموماً بوجوب الوفاء بكل ما يلتزم به الإنسان من الأمور غير المحرمة.

وبهذا العرض قد تبين لنا أن مناقشة ابن حزم للجمهور لم تستطع أن تنال من أدلتهم حيث بقي معظم أدلتهم سليمة تستطيع أن تنهض حجة على الدعوى في حين أن أدلة الظاهرية لم تستطع الصمود أمام المناقشة، بل نالت منها نيلاً دكَّ بنيانها.

---

(١) سورة المائدة: الآيـة ١.

(٢) فتح الباري (٥/٣٠٢ ـ ٣٠٣).

ولهذا فالراجح هو ما يقول به جمهور الفقهاء، حيث يعضده الدليل من الكتاب والسنة، فعموم الآيات والأحاديث يدل على وجوب الوفاء بما يعقده الإنسان سواء كان من العقود الموجودة في عصر الرسالة، أم بعدها ما دامت لا تصطدم مع نص شرعي، ثم إن الأصل في الأمور العادية ـ أو غير العبادات ـ هو الإباحة، كما تشهد على ذلك الآيات الكثيرة ـ كما سبق ـ ومن جهة العقل أن هذه الشريعة ليست لزمن دون آخر، أو لمجموعة من الناس دون آخرين، وإنما هي شريعة دائمة إلى يوم يرث الله الأرض ومن عليها وعامة لكل الناس ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَـاكَ إِلاَّ كَآفَّةً لِلنَّاسِ بَشِيراً ونَذِيراً ﴾[1]. فإذا كان الأمر كذلك، والحوادث تتجدد، وحاجات الناس إلى مزيد من العقود لا تنتهي وأن أحد أهداف هذه الشريعة هو تحقيق المصلحة للناس، فلا بد أن تكون هذه الشريعة الغراء متضمنة من النصوص العامة، والقواعد الكلية المنضبطة ما يستمد منها صلاحيتها لكل زمان ومكان، ولهذا جاء قوله تعالى ﴿ أَوْفُوا بِالعُقُودِ ﴾ عاماً لم يقيد بأي شيء سوى كون ما يعقده لم يخالف النصوص الشرعية.

الغصن الثاني
مدى حرية الرضا في اشتراط الشروط

نقصد بالشرط هنا: إحداث التزام في العقد لم يكن يدل عليه لولاه. فعلى هذا يتميز عن الوعد، لأنه لا يترتب عليه الالتزام عند الجمهور[2].

---

(١) سورة سبأ: الآيـة ٢٨.

(٢) كثيراً ما يرى الإنسان في الكتب الفقهية عند تناولها مسألة الشروط تنص على أن محل هذا الحكم في الشرط إذا لم يخرج المذكور فيها مخرج الوعد، حيث إن الوعد لا يؤثر في العقد بالفساد أو البطلان، فمثلاً يقول ابن نجيم في البحر الرائق (٩٤/٦): «وقيد بإخراج ما ذكر مخرج الشرط، لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد، كما إذا باع بستاناً على أن يعمر حوائطه، وأخرجه مخرج الوعد، ولكن لو لم بين البائع لم يجبر، ويخير المشتري في الرد كذا في الذخيرة».
وقد بين ابن نجيم أيضاً كيفية الوصول إلى معرفة الشرط وتميزه عن العقد، وأرجعها إلى صياغة العقد نفسها والظروف والقرائن التي تلابسه، فمثلاً تكون صياغة الشرط بأن يذكر في العقد لفظ الشرط، أو على أو نحو ذلك في حين أن زيادة الواو على «على» تدل على الوعد يقول ابن نجيم في المصدر السابق نفسه: «وقيد بعلى دون الواو، لأنه لو زاد الواو بأن قال: بعتك هذا بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز، ولا يكون شرطاً، وهو نظير ما لو دفع الرجل أرضاً بيضاء فيها نخيل فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع كان شرطاً للمزارعة في المعاملة ـ أي تفسد ـ ولو =

يقول العلامة الحموي: «الشرط هو: التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة»[1]. ويقول الزركشي: «الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلة، أما الماضية فلا مدخل له فيها، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط، لأنه خبر عن ماض»[2]. فالمراد بالشروط هنا الشروط المقارنة للعقد، لا المتقدمة عليه، أو المتأخرة عنه[3].

= قال: وعلى أن تزرع لم تفسد المزارعة، ويعرف من هاتين المسألتين كثير من المسائل كذا في الذخيرة، وتبعه في البزازية»، ونقل عن الولوالجي صورة أخرى خرجت مخرج الوعد وهي: أن يقول: «اشتر حتى أبني الحوائط».

فالمعيار المنضبط هو الاعتماد على القرائن سواء كانت لفظية أو حالية أم عرضية. وكذلك الأمر عند المالكية حيث إن المعيار في التمييز بينهما هو القرائن سواء كانت الصياغة بلفظ الماضي أو المضارع، كما ذكر في فتح العلي المالك (١/٣٣). ويرى الشافعية أن الشرط هو ما كان بصريح لفظ الشرط أو ما يؤدي معناه كعلى أن أفعل أو تفعل كذا، وكذلك فعل الأمر والمضارع والجملة الإخبارية. والمعيار في ذلك أن يفهم مما ذكره أنه صفة وقيد في التصرف، فإذا لم تكن قرينة تدل على الالتزام كان وعداً، مثل إيراده بصيغة الأمر والمضارع دون قرينة، كما ذكره ابن حجر في الفتاوى الكبرى (٢/٢٧٣). وقد أرجع ابن تيمية في القواعد النورانية ص (١٩٨)، المعيار في ذلك إلى العرف والعادة. ومن هذا العرض يمكن القول بأن المعيار في التفرقة يعود إلى القرائن من حيث المبدأ. ويراجع د. العدوي، المصدر السابق ص (١٣٦).

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/٢٢٥).

(٢) المنثور في القواعد (٢/٢٣٢).

(٣) وأما الشروط المتقدمة على العقد بأن يذكر المتعاقدان أثناء المساومة وقبل التعاقد بعض الشروط فهي إن صرحا بنفيها أثناء التعاقد فقد انتهت وتلاشت، وإن سكتا عنها فهي مثار جدل ونقاش حيث ذهب الشافعية والظاهرية وأحمد في رواية، إلى أن الشرط المتقدم ليس له أثر في العقد، بل هو التزام مستقل يأخذ حكم الوعد، فلا يجب الالتزام به قضاء. يقول النووي في المجموع (٩/٢٧٤): «وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً، لأن ما قبل العقد لغو».

وذهب المالكية، وأحمد في رواية إلى تأثر العقد به وأنه يأخذ حكم الشرط المقارن.

وذكر الحنفية تفصيلاً في هذه المسألة، وهو أن العاقدين إذا اتفقا على الإعراض عن الشرط السابق فيكون ملغى، أو اتفقا على البناء عليه فيكون حكمه حكم الشرط المقارن صحة وفساداً وبطلاناً، وإن اختلفا، أو لم يحضرهما شيء فحينئذ إما أن يكون الشرط صحيحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحاً التحق بالعقد قولاً واحداً، وإن كان فاسداً لم يلتحق به عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه. =

كما أنه لا يدخل فيها الشرط الذي في حقيقته صفة للمعقود عليه ككونه كاتباً، أو كذا وكذا[1].

ونعني بحرية الرضا في اشتراط الشروط: أنه هل يستطيع أن يفرض الشروط في العقود حسبما يحلو له، أم أنه مقيد؟ وإذا كان مقيداً فما هو مداه؟.

للجواب عن ذلك نقول: لا خلاف بين الفقهاء في أن العاقد ليس له مطلق الحرية في هذا الباب، فلا يسمح له الشرع أن يشترط شرطاً يصطدم مع نص شرعي صريح، أو مع مقتضى العقد، حيث إن كل شرط أحل حراماً، أو حرم حلالاً فهو باطل بالإجماع ـ وإن كان الخلاف يثور داخل دائرة الحلال والحرام، والشرط الصحيح والباطل حسب مفهوم كل مذهب بعينه[2] ـ كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز

= وأما الشرط المتأخر عن العقد فهو غير معتبر عند المالكية، والظاهرية وأنه لا يلحق بالعقد أصلاً، وذهب الحنفية إلى اعتباره إن كان صحيحاً، وإما إن كان فاسداً فله تأثيره أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه. وأما الشافعية فقالوا: إن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعاً وإن كان قبله في مدة خيار المجلس، أو الشرط فثلاثة أوجه، أحدها: لا يلحق، وصححه المتولي. والثاني: يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط قاله الشيخ أبو زيد والقفال. والثالث: وهو الصحيح عند الجمهور وبه قطع أكثر العراقيين يلحق في مدة الخيارين جميعاً، قال النووي في المجموع (٣٧٤/٩): «وهو ظاهر نص الشافعي». وفرق الحنابلة أيضاً بين شرط قبل لزوم العقد حيث يلتحق به، وشرط بعد لزومه حيث لا يلتحق به.

يراجع في تفصيل ذلك: البحر الرائق (٩٤/٦)؛ وجامع الفصولين (١٧١/١)؛ والتيسير على التحرير (٢٩٠/٢)؛ ومواهب الجليل (٤٤٦/٣)؛ وفتاوى الشيخ عليش (١٢٤/٢)؛ والمجموع (٢٧٤/٩)؛ وكشاف القناع (٥٢/٣)؛ والقواعد النورانية لابن تيمية ص (١٩٨، ٢٠٠)؛ ومجموع فتاوى ابن تيمية (١٥٠/٢٩...)؛ والمحلى لابن حزم (٤٠٣/٩)؛ وأستاذنا العدوي، المصدر السابق ص (١٢٧ ـ ١٢٨).

(١) يقول الكاساني في البدائع (٣٠٧٩/٧): «ولو اشترى على أنها بكر أو طباخة أو خبازة، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط، أو اشترى على أنها مؤجلة فالبيع جائز، لأن المشروط صفة للمبيع، أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال». فهذا الشرط جائز عند الجميع ويتأثر به العقد على ضوء التفصيل الذي ذكرناه في مبحث الغلط.

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: المبسوط (١٤/١٣...)؛ وفتح القدير (٢١٤/٥)؛ والبحر الرائق (٩٢/٦)؛ ومجمع الأنهر (٦٦/٢)؛ ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٩٢/٣)؛ والفتاوى الهندية (١٣٣/٣)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٨٠/٥)؛ وبلغة السالك (٤٣٨/٢)؛ ومواهب =

اشتراط الشروط التي ورد بها الشرع من الكتاب والسنة، فالشرط الذي ورد به دليل شرعي كاشتراط الخيار، أو التوثيق ـ كرهن وكفالة ـ أو كتابة، أو إشهاد جائز ونافذ بالاتفاق[1]. كما أنه لا خلاف في بطلان الشروط التي تخالف مقتضى العقد وما رتبه الشارع عليه كأن يشترط عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالبيع، أو عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة في الإجارة، فمثل هذه الشروط باطلة بالاتفاق، لأن الآثار شرعية لا يجوز لأحد أن يخالف مقتضاها ـ كما سبق[2].

غير أن الذي يثور حوله الجدل والنقاش هو المراد بالشروط الصحيحة، والشروط الباطلة حيث اختلف في معيارهما الفقهاء، فالحنفية مثلاً أدخلوا في الشروط الصحيحة أربعة أنواع[3] وهي:

١ ـ الشروط التي يقتضيها العقد، بأن يكون موجبها أثراً من آثار العقد كاشتراط المشتري تسليم المبيع، أو أن يرده إن وجد به عيباً، ومثل أن تشترط المرأة تسليم مهرها، أو نحو ذلك من آثار العقد، فهذه الشروط في الواقع لا تضيف شيئاً جديداً إلى العقد، ولهذا فوجودها وعدمها سواء.

٢ ـ الشروط الملائمة للعقد، والمناسبة لطبيعته، وهي التي ليس مقتضاها أثراً

= الجليل (٣٧٦/٤)؛ وشرح تحفة الحكام (٢٨٢/١)؛ وفتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (٣٢٢/١ ـ ٣٧٥)؛ والأم (١٢٩/٣، ١٣٦، ١٣٧، ١٥٥، ٢٣٥)؛ وفتح العزيز (١٦٩/٨)؛ والمجموع (٣٦٤/٩)؛ والروضة (٣٩٩/٣)؛ والمغني لابن قدامة (٤٤٩/٤)؛ والإنصاف (٣٤٨/٤)؛ والقواعد النورانية لابن تيمية ص (١٨٤)؛ ومجموع الفتاوى لابن تيمية (١٢٦/٢٩)؛ والمحلى لابن حزم (٤٠٣/٩)؛ والبحر الزخار (٣٤١/٤)؛ والروض النضير (٤٨٤/٣)؛ والروضة البهية (٣٣١/١)؛ وتذكرة الفقهاء (٧/ق ١٨١/٢)؛ والمختصر النافع ص (١٤٨).

ويراجع: الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص (٢٧٢ ـ ٢٨٣)؛ والأستاذ السنهوري، مصادر الحق (١٠١/٣ . . .)؛ وأستاذنا الشيخ العدوي، نظرية العقد ص (١٣٤ ـ ١٦١)؛ والأستاذ محمد سلام مدكور، المدخل ص (٦٣٩)؛ وأستاذنا الدكتور حسن الشاذلي، رسالته الدكتوراه في كلية الشريعة والقانون. بعنوان: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص (١٥٧) وما بعدها؛ ود. عبد المحسن سعد رويشد، رسالته السابقة الإشارة إليها ص (٥٩٨).

(١) المصادر السابقة.

(٢) ص (١١٠٣) من هذه الرسالة.

(٣) فتح القدير (٢٢١/٥).

من آثار العقد، بل تأكيد لما يجب به، مثل أن يشترط البائع مثلا على المشتري إعطاء رهن معين بالثمن أو كفيل، فالرهن والكفالة ليسا من مقتضيات العقد لكنهما توثيقان لما يجب به وهو الثمن.

٣ ـ الشروط التي ورد الدليل الشرعي بجوازها وإن لم تكن من مقتضى العقد، ولا من ملائماته مثل اشتراط تأجيل الثمن إلى أجل معين، وكاشتراط الخيار لمدة معينة ونحو ذلك مما دل النص على جوازه.

٤ ـ الشروط التي جرى بها العرف وإن لم يتوفر فيها أحد هذه الأمور السابقة[١].

يقول ابن عابدين: «ومنها بيع المظروف كزيت مثلاً على أن يزنه ويطرح للظرف أرطالاً معلومة، فإنه شرط فاسد، لأن مقتضى العقد طرح مقدار وزنه لكنه قد تعارفه الناس في عامة البلدان، وقد يستأنس له بما ذكروا في المتون، أنه يصح بيع نعل على أن يحذوه ويشركه[٢]، قال في البحر، والقياس فساده لما فيه من النفع للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره في المتن جواب الاستحسان للتعامل، وفي الخروج عن العادة حرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة فبقي على أصل القياس، وتسمير القبقاب كتشريك النعل كما في فتح القدير، وفي البزازية اشترى ثوباً، أو خفا خلقاً على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه صح للعرف... فقد جعل للشرط المتعارف كالشرط الثابت تصحيحه شرعاً، وعلل المسألة في الذخيرة بقوله، لأن التعارف والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر...»[٣].

---

(١) فتح القدير (٥/٢١٥). ويراجع في تفصيل هذا النوع: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين، المطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/١٤١) وما بعدها.

(٢) يقال: حذوت النعل بالنعل أي قدرتها بها، وقطعتها على مثالها وقدرها. ويقال شرك النعل ويشركها بتشديد الراء بمعنى جعل لها شراكاً وهو سيرها الذي على ظهر القدم. يراجع: المصباح المنير: (١/١٣٧، ٣٣٢).

ويقرب من هذه الأمثلة ما يقتضي به العرف السائد الآن من أن الشركة ـ أو ممثلها ـ تبيع منتجاتها الصناعية مثل الراديو أو التليفزيون أو الثلاجة وتلتزم بالصيانة لمدة معينة فهذه إن التزمت بها الشركة عن طوع فلا بأس بها، وإن اشترط عليها المشتري فيكون شرطاً فيه منفعة لأحد العاقدين، فيقتضي القياس أن يكون شرطاً فاسداً لكن يمكن تصحيحه لما يقتضي به العرف قياساً على الأمثلة السابقة.

(٣) نشر العرف (٢/١٤١).

وحكم هذه الأنواع الأربعة من الشروط أنها تلتحق بأصل العقد، ويجب الوفاء بها على من التزمه، حتى لو لم تتحقق يكون للطرف المشترط حق الخيار[1].

وأما الشروط الفاسدة: فالمعيار العام فيها هو ما ذكره فقهاء الأحناف. يقول المرغيناني: «وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع، لأن فيه زيادة عارية فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً، لأن العرف قاض على القياس...»[2].

ويفهم من هذا النص أن معيار الشرط الفاسد هو ما يؤدي إلى مفسدة كالربا، أو إلى منازعة. ويقول ابن عابدين: «ضابط فساد البيع بشرط: أنه كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، ولم يجر به العرف، ولم يرد الشرع بجوازه،... فلا بد في كون الشرط مفسداً للبيع من هذه الشرائط الخمسة...»[3].

وقد مثل الفقه الحنفي للشروط الفاسدة كثيراً من الأمثلة، منها أن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذا المنزل ـ مثلاً ـ على أن تقرض فلاناً كذا، أو على أن تعمل له كذا، فهذا الشرط فاسد لأنه لا يدخل في الأنواع الأربعة للشروط الصحيحة، ويتضمن منفعة لأهل الاستحقاق ـ وهم البائع والمشتري، والمبيع الآدمي، والأجنبي[4]. فقد ذكر في المنتقى أن محمداً رحمه الله قال: «كل شيء يشترطه المشتري على البائع يفسد به البيع، فإذا اشترطه على أجنبي فهو باطل، كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان الأجنبي كذا فهو باطل، كما إذا شرط على البائع أن يهبه، وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز

---

(١) فتح القدير (٥/٢٢١)؛ والبحر الرائق (٦/٩٣)؛ ونشر العرف (٢/١٤١).
ويراجع: أستاذنا الشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١٥٣-١٥٤)؛ ود. الشاذلي، المصدر السابق ص (١٩٣) وما بعدها.

(٢) الهداية مع فتح القدير (٥/٢١٥).

(٣) نشر العرف (٢/١٤١).

(٤) حاشية منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين (٦/٩٣)، حيث يقول فيها: «إن اشتراطه لأجنبي مفسد موافقاً لما يأتي عن القدوري والمنتقى».

وهو بالخيار»[1]، وكذلك الأمر إذا شرطه للأجنبي[2]. غير أنه ذكر في الذخيرة معزياً إلى الصدر الشهيد أن اشتراط المنفعة للأجنبي لا تفسد العقد[3].

فعلى هذا ففي المذهبي الحنفي رأيان فالراجح فيه هو أن الاشتراط للأجنبي يأخذ حكم الاشتراط لأحد العاقدين، في حين أن رأياً آخر لبعضهم قد فرق بين الأجنبي، وبين العاقدين مبرراً فرقه هذا بأنه ليس له علاقة بالعقد فيكون الاشتراط له بمثابة التزام جديد منفصل عن العقد، غير أن هذا غير مسلم لأن آثار الاشتراط له ترتبط بأحد العاقدين لأنه يشترط عليه. نعم هذه التفرقة قد تكون مسلمة فيما إذا كان الاشتراط على الأجنبي حيث لا يؤثر فيه عند بعض الحنفية أيضاً قال ابن عابدين: «وفي الفتح عن الولوالجية لو قال: بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم لا يفسد البيع، لأنه لا يلزم الأجنبي»[4]، لكن يؤيد هذه التفرقة أن المحظور هو وجود الربا وفي حالة الاشتراط للأجنبي لا يتحقق[5].

وأما حكم الشروط الفاسدة، وأثرها على العقود فمثار خلاف ونقاش داخل المذهب الحنفي، كما أنه يختلف باختلاف نوعية العقود التي قارنتها هذه الشروط، حيث إن ما كان من قبيل المعاوضات المالية كالبيع، والإجارة، والقسمة والصلح عن مال بمال، والمزارعة والمساقاة ونحوها فإنها تفسد بفساد الشرط.

وأما عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح، والخلع، أو التبرعات كالهبة، والقرض، والإعارة، والكفالة، والحوالة، والرهن والوصية، ونحوها فإن اشتراط الشروط فيها لا يؤثر فيها بل تلغو الشروط، ويبقى العقد صحيحاً سالماً، وقد أرجع الحنفية السبب في هذه التفرقة إلى قضية الربا حيث إن اشتراط الشروط يصدق عليه الربا، لأن الربا هو الزيادة التي ليس لها مقابل، والربا إنما يتحقق في المعاوضات

---

(١) البحر الرائق (٦/٩٣).

(٢) منحة الخالق (٦/٩٣)؛ والبحر الرائق (٦/٩٣). حيث قال ابن نجيم: «روى ابن سماعة عن أبي حنيفة إذا اشترى من آخر شيئاً على أن يهب البائع لابن المشتري أو لأجنبي من الثمن كذا فسد البيع».

(٣) البحر الرائق (٦/٩٣).

(٤) منحة الخالق (٦/٩٣).

(٥) وذلك لأن المستفيد من الشرط ليس أحد العاقدين، بل شخص آخر، أما في الحالات السابقة ـ حينما يكون الاشتراط مؤدياً إلى منفعة أحد العاقدين ـ فإن الربا ـ كما يقول الحنفية ـ يتحقق وذلك لوجود فضل وزيادة دون مقابل. انظر: البحر الرائق (٦/١٩٤).

المالية دون التصرفات غير المالية جاء في البحر الرائق في بيان المعيار فيما يبطل بالشرط الفاسد وما لا يبطل به: «والأصل أن ما كان مبادلة مال بمال فإنه لا يصح بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط، وما كان مبادلة مال بغير مال، أو كان من التبرعات فإنه لا يبطل به، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية، والتبرعات فيبطل الشرط فقط، وأصل آخر أن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات، ويجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض كالطلاق، والعتاق وكذا ما كان من باب الإطلاقات، والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم. . .»[1].

ويتبين من هذا العرض أن تعليلهم في التفرقة وفي تأثير الشرط في العقد يعود إلى تحقق ربا الفضل حينما يكون اشتراط المنفعة لأهل الاستحقاق. غير أن هذا التعليل معيب، وذلك لأن الربا لا يتحقق قطعاً حينئذ حتى على ضوء تصوير الحنفية للربا، وذلك لأن هذه المسألة ليست من المسائل المنصوص عليها في حديث الربا، بل هي مقيسة، وحينئذ ننظر إلى علة الربا: هل تحققت فيها أم لا. فالعلة عند الحنفية هي الكيل أو الوزن مع الجنس[2]، أو بعبارة أخرى اتحاد الجنس والقدر، والفائدة التي جاء بها الشرط ليست كذلك[3]. وقد حاول البابرتي أن يجيب عن هذا الاعتراض قائلاً: «لا يقال: لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه، والمشروط منفعة فكيف يكون ربا، لأنه مال جاز أخذ العوض عليه، ولم يعوض عنه بشيء، فكان ربا»[4]. غير أن هذا الجواب غير مقنع إذ لم يثبت لنا المماثلة مع الوزن، أو الكيل، ثم إنه لو كان ربا لما كان يؤثر فيه العرف مع أن الحنفية قالوا: إذا جرى به العرف جاز[5] ولهذا لم يكتف المرغيناني بهذا الدليل، بل ذكر معه علة أخرى، حيث يقول: «. . . أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده»[6].

---

(١) البحر الرائق (٦/١٩٤).

(٢) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٥/٢٧٤).

(٣) ويراجع: شرح العناية على الهداية (٥/٢١٥)؛ والفتاوى الهندية (٣/١٣٣).

(٤) شرح العناية (٥/٢١٥).

(٥) حيث يقول المرغيناني في الهداية مع الفتح (٥/٢١٥): «وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين. . . إلا أن يكون متعارفاً، لأن العرف قاض على القياس». فلو كان ذلك ربا لما كان للعرف أن يقضي عليه، كما أنه ليس ذلك حينئذ من باب قضاء العرف على القياس بل من باب قضائه على النص وهو لا يجوز.

(٦) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٥/٢١٥)؛ والبحر الرائق (٦/٩٣).

وهذا التعليل الأخير هو الحري بالقبول، إذ أن القول بإلغاء الشرط مع القول بصحة العقد يؤدي إلى المنازعة، لأن المشترط يقول: أنا لم أرض بالعقد إلا مع تحقق هذا الشرط، فإذا فات المعلق عليه فات المعلق، والمنازعة إنما تتحقق في الغالب في العقود المالية، لأن مبناها على المماكسة والمساومة، وأما غيرها فمبناها على المسامحة والمساهلة، ويدل على ذلك ما ورد في الحديث الصحيح أن الرسول ﷺ «قضى بالعمرى أنها لمن وهبت له»[1]، مع أن صيغة العُمْرىٰ تدل على اشتراط كون الموهوب يرجع إلى الواهب إذا مات الموهوب له قال الحافظ ابن حجر: «والظاهر أنه ما كان مقصود العرب بهما إلا تمليك الرقبة بالشرط المذكور، فجاء الشرع بمراغمتهم فصحح العقد على نعت الهبة المحمودة، وأبطل الشرط المضاد لذلك فإنه يشبه الرجوع في الهبة... فشرط الرجوع المقارن للعقد مثل الرجوع الطارىء بعده فنهى عن ذلك، وأمر أن يبقيها مطلقاً، أو يخرجها مطلقاً، فإن أخرجها على خلاف ذلك بطل الشرط وصح العقد مراغمة له، وهو نحو إبطال شرط الولاء لمن باع عبداً»[2].

وبالإضافة إلى هذين القسمين فهناك قسم ثالث للشروط عند الحنفية وهي الشروط الباطلة وهي غير الشروط الصحيحة والفاسدة أي الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا تناسبه، ولم يرد بها نص شرعي، ولا عرف، وليس فيها منفعة لأهل الاستحقاق وذلك كمن باع فرساً على أن يطعمه المشتري علفاً خاصاً، أو داراً على أن لا يبيعها المشتري، ولا يهبها ونحو ذلك.

وحكم هذا القسم هو أنه لا أثر لاشتراطه في العقد سواء كان من العقود المالية

---

(١) الحديث رواه البخاري بهذا اللفظ، وروى نحوه مسلم وغيره. انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الهبة (٥/٢٣٨)؛ ومسلم، كتاب الهبات (٣/١٢٤٤)، والمراد بالعمرى ـ بضم العين، وسكون الميم مع القصر من العمر، لأن العرب كانوا يفعلون ذلك في الجاهلية، فيعطي الرجل الدار ويقول له: أعمرتك إياها، أي أبحتها لك مدة عمرك، فقيل لها: عمري لذلك. انظر: فتح الباري (٥/٢٣٨)؛ والقاموس المحيط، مادة (عمر).

(٢) فتح الباري (٥/٢٤٠). لكن روى مسلم في صحيحه (٣/١٢٤٦)؛ بسنده عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر قال: «إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها». قال معمر: وكان الزهري يفتي به. لكن يدل على ما ذكره الحافظ ابن حجر ما رواه مسلم أيضاً في صحيحه (٣/١٢٤٦)، بسنده عن جابر أن رسول الله ﷺ قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه، فهي له بتلة لا يجوز للمعطي فيها شرط، ولا ثنيا.

أو غيرها، فيكون صحيحاً، وذلك لأنه لا يؤدي إلى منازعة ولا خصام[1]، هذا هو ظاهر المذهب الحنفي وفي رواية لأبي يوسف أنه يبطل البيع به[2].

وأما المالكية فيتلخص مذهبهم في تقسيم الشروط إلى شروط صحيحة وشروط فاسدة، وأن الشرط الصحيح هو ما لا ينافي مقتضى العقد سواء كان يقتضيه أم لا، وأن الشرط الفاسد هو ما يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد كاشتراط ما يؤدي إلى غرر، أو يؤدي إلى الإخلال بالعقد نفسه، فقد جاء في فتح العلي المالك[3]: «وقد جعلها ـ أي الشروط المتعلقة **بالبيع** ـ ابن رشد في كتاب البيوع الفاسدة من المقدمات على أربعة أقسام:

القسم الأول: شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع، والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاض البيع، أو ما لا يقتضيه ولا ينافيه لكونه لا يؤول إلى غرر وفساد في الثمن، والمثمون، ولا إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، وفيه مصلحة لأحد المتبايعين كالأجل والخيار، والرهن، والحميل، وبيع الدار واستثناء سكناها أشهراً معلومة أو سنة، وكبيع الدابة واستثناء ركوبها ثلاثة أيام ونحو ذلك، أو إلى مكان قريب. . .

فهذا القسم من الشروط صحيح لازم يقضي به مع الشرط، ولا يقضي به بدون شرط إلا ما كان مما يقتضيه العقد فإنه يقضي به ولو لم يشترط، ويتأكد مع الشرط»، ثـم نقل عن البرزلي عن ابن رشد فيمن له داران باع إحداهما وشرط على المشتري أن لا يرفع على الحائط الفاصل بينهما شيئاً مخافة أن يظلم عليه داره ويمنعه من دخول الشمس منها فالتزمه: أن البيع جائز والشرط لازم، غير أن ابن سهل ذكر فيه خلافاً داخل المذهب المالكي، ومن ذلك بيع الجارية، واشتراط رضاع ولدها ونفقته على المشتري سنةً على أنه إن مات الولد أرضع له آخر، وإن ماتت الجارية جاء المشتري بأخرى ترضع الـولـد قال ابن رشد. . . وقع العقد على الشرطين وإن ماتت أتوا بأخرى، وإن مات الرضيع أرضعوا له آخر، وأرادوا بقولهم: إن ماتت أتوا بأخرى كون الرضاع مضموناً على المشتري جاز البيع اتفاقاً[4]. . .

---

(١) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٥/٢١٥ ـ ٢١٦).

(٢) شرح العناية على الهداية (٥/٢١٦).

(٣) فتح العلي المالك (١/٣٣٨).

(٤) المصدر السابق (١/٣٣٩).

القسم الثاني: ما يؤول إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد، أو في الثمن، أو في المثمون، أو إلى الوقوع في ربا الفضل، أو في ربا النساء كشرط مشاورة شخص بعبد، أو شرط الخيار لمدة مجهولة، أو إلى مدة زائدة على ما قرره الشرع في تلك السلعة المبيعة، أو شرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو شرط زيادة شيء مجهول في الثمن، أو في المثمون.

فهذا النوع يوجب فسخ البيع على كل حال فاتت السلعة أو لم تفت، ولا خيار لأحد المتبايعين في إمضائه، فإن كانت السلعة المبيعة قائمة ردت بعينها، وإن فاتت ردت قيمتها بلغت ما بلغت. وتستثنى من هذا النوع مسألة، وهي البيع على شرط أن يسلف المشتري البائع أو العكس، فإنه لا يجوز، لأنه يؤدي إلى الجهل بالثمن، فإن وقع فالمشهور أنه يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكاً به، فإن أسقط مشترط السلف شرطه صح البيع...

القسم الثالث: ما يكون منافياً لمقتضى عقد البيع، لأن فيه تحجيراً على المشتري في السلعة التي اشتراها. قال في المقدمات: وهي بيوع الشروط المسماة عند العلماء: ببيع الثنيا... مثل أن يبيع السلعة على أن المشتري لا يبيعها، أو لا يهبها...، أو على أنه إن باع المشتري السلعة فالبائع أحق بها بالثمن الذي يبيعها به أو ما أشبه ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري في السلعة التي اشتراها...

فهذا النوع اختلف فيه إذا وقع شيء منه على قولين: **أحدهما**: أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه، فإن ترك الشرط صح البيع. هذا إذا كانت السلعة قائمة فإن فاتت كان فيه الأكثر من الثمن، أو القيمة يوم قبضه المشتري. وهذا هو المشهور في المذهب. وقيل: يرجع البائع إذا فاتت السلعة بمقدار ما نقصه من الثمن بسبب الشرط..

والقول الثاني: إن حكم هذا البيوع حكم البيع الفاسد يفسخ على كل حال في قيام السلعة، وتكون فيه القيمة بالغة ما بلغت في الفوات.

القسم الرابع: ما يكون الشرط فيه غير صحيح إلا أنه خفيف فلم يقع له حصة من الثمن فيصح البيع، ويبطل الشرط، قال في المقدمات وذلك مثل أن يبيعه السلعة ويشترط أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما، ومثل الذي يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة، لأن الجائحة لو أسقطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك

في صحته، لأن الجائحة أمر نادر فلم يقع لشرطه حصة من الثمن ولم يلزم الشرط، إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة، وما أشبه ذلك، ولنذكر من هذا النوع فروعاً:

الفرع الأول: الذي ذكره في المقدمات، وهو أن يبيع السلعة ويشترط له إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما»[1]. وقد علق عليه الشيخ عليش قائلاً: «وفيه اضطراب كثير يظهر ذلك لمن راجع كلام أهل المذهب فيه والذي تحصل من كلام المدونة، وشروحها كالشيخ أبي إسحاق التونسي، وابن يونس، واللخمي، وأبي الحسن الصغير والرجراجي، ومن كلام ابن بشير وصاحب التوضيح أن في المسألة سبعة أقوال:

الأول: كراهة هذا البيع ابتداء، فإن وقع صح البيع وبطل الشرط وهو مذهب المدونة.

والقول الثاني: أن البيع مفسوخ.

والقول الثالث: أن البيع جائز، والشرط جائز. حكى هذه الأقوال القاضي عياض في التنبيهات قال: حكاها ابن لبابه عن ابن القاسم عن مالك»[2]...

وأما الشروط المتعلقة بعقود أخرى كالرهن والنكاح ونحوهما فكالآتي قال صاحب فتح العلي المالك: «أما الشروط المتعلقة بالرهن فهي أيضاً على ثلاثة أقسام: قسم يبطل به الرهن، وقسم لا يبطل به، ويلزم الوفاء به، وقسم لا يبطل الرهن ولا يلزم الوفاء به.

فأما الأول فكل شرط مناف لمقتضى العقد كشرط الراهن أن الرهن يبقى بيده أو أنه لا يعاد إليه، أو أنه لا يباع في الدين المرهون فيه، أو أنه إن مضت مدة خرج من الرهن فإن الرهن يبطل بذلك كله، فإن مات الراهن، أو فلس دخل الغرماء كلهم في الرهن.

القسم الثاني: وهو ما لا يبطل الرهن، ويلزم الوفاء به كشرط كون الرهن تحت يد المرتهن، أو يد عبده فإن وقع العقد بهما فالقول قول من دعا إلى وضعه على يد عدل فإن اختلف الراهن والمرتهن فإن الحاكم ينظر في ذلك، وكذا إن شرط المرتهن الانتفاع بالرهن مدة معينة إذا كان الرهن في ثمن مبيع، وشرط ذلك في عقد الرهن

---

(١) المصدر السابق (١/٣٥٣).

(٢) فتح العلي المالك (١/٣٦٤ - ٣٦٦).

وكان الرهن مما يصح كراؤه كالدور والعبيد والدواب فإن ذلك لازم، لأنه بيع وإجارة، واجتماع البيع والإجارة جائز على المشهور...

والقسم الثالث: ما لا يبطل به الرهن ولا يلزم الوفاء به، كما إذا شرط المرتهن عدم الضمان فيما يعاب عليه... فاختلف في حكم هذه المسألة، قال اللخمي: قال مالك وابن القاسم: إن شرط المرتهن أنه مصدق من غير بينة لم ينفعه شرطه. وقال أشهب: الضمان ساقط بالشرط. وقال اللخمي: وأرى أن يسقط الضمان بالشرط، لأنه شرط صحيح لا فسادَ فيه فوجب الوفاء به. وهذا إذا كان الرهنُ شُرِطَ في عقد البيع، وإن كان بعد تقرر الدين في الذمة كان له شرطه على كل حال، لأن تطوعه بالرهن معروف عنه وإسقاط الضمان معروف ثان...»[1].

وكذلك الأمر في **الإعارة** فإنْ شرط المستعير على المعير نَفْيَ الضمان فيما يعاب عليه ففي ذلك طريقان الأولى: لابن الجلاب وابن رشد وغيرهما أن شرطه باطل، والضمان له لازم. والطريقة الثانية للخمي، والمازري وقد تقدم في كلام اللخمي في مسألة الرهن أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على أنه لا ضمان على المستعير إذا شرط نفي الضمان[2].

وكذلك الأمر في **الإجارة** حيث إن الصناع ضامنون لما عملوه بأجر، أو بغير أجر إلا أن تشهد بينة بتلفه فلو اشترط الصانع أنه لا ضمان عليه قال ابن رشد في المقدمات: لم ينفعه شرطه وكان عليه الضمان وهذا قول مالك في المدونة، وقال أشهب ينفعه الشرط ويسقط عنه الضمان[3].

وأما الشرط في **القراض** فهو على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يفسد به القراض كاشتراط رب المال على العامل أن يكون المال بيده، أو أن يراجعه، أو أن يجعل عليه أميناً أو أن يعمل العامل بيده من خياطة، أو خرازة وغير ذلك، وكاشتراط رب المال على العامل ضمان المال فهذه الشروط كلها مفسدة للقراض فيفسخ إن وقع.

الثاني: ما لا يفسد به القراض ولكنه لا يلزم كما إذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل، أو بعده، أو خسر، أو أخذه اللصوص فقال العامل لرب المال: لا أعمل

---

(١) فتح العلي المالك (١/٣٦٤ - ٣٦٦).

(٢) فتح العلي المالك (١/٣٦٦).

(٣) المصدر السابق (١/٣٦٩).

حتى تجعل ما بقي رأسَ المال وتُسقط الخسارة ففعل ذلك وأسقط الخسارة فهو أبداً على القراض الأول وإن حاسبه وأحضره ما لم يقبضه منه قاله في المدونة.

الثالث: ما لا يفسد العقد، ويلزم الوفاء به كما إذا شرط أن الربح لأحدهما، أو لغيرهما... وكما إذا شرط أحدهما على الآخر زكاة الربح فإنه جائز ويلزم، فإن وجبت الزكاة أخرجت من حصة من شرطت عليه، وإن لم تجب فإنها تكون للمشترط زيادة على حصته[1].

وكذلك الأمر في الشروط بالنسبة **للوقف** حيث هي على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يفسد به الوقف كشرط النظر لنفسه، أو تخصيص البنين دون البنات.

والثاني: ما لا يفسد به الوقف ولا يلزم الوفاء به، كما إذا شرط الواقف عمارة ما خرب من الوقف على المستحقين للوقف فإن الشرط يبطل ويعمل من غلته، وكما إذا شرط الواقف أن لا يبدأ بإصلاح الوقف ونفقته.

الثالث: ما لا يفسد الوقف ولا يلزم الوفاء به وهو كثير[2].

وأما الشروط في **الهبة** فعلى أربعة أقسام:

الأول: ما تفسد به الهبة كشرط أن لا تحاز من الواهب.

الثاني: ما يخير الواهب في إسقاطه فتصح الهبة، أو التمسك به فتبطل.

الثالث: ما لا يفسدها ولا يلزم الوفاء به.

الرابع: ما لا يفسد ويلزم الوفاء به[3].

وأما الشروط في باب **النكاح** فعلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما يقتضيه العقد كشرطه أن ينفق على الزوجة، أو يكسوها، أو يبيت عندها، أو يقسم لها وذلك جائز لا يوقع في العقد خللاً، ولا يكره اشتراطه، ويحكم به سواء شرط أو ترك فوجوده وعدمه سواء.

الثاني: ما يكون مناقضاً لمقتضى العقد كشرطه على المرأة أن لايقسم لها، أو أن

(١) فتح العلي المالك (١/٣٦٩ ـ ٣٧٠).

(٢) المصدر السابق (١/٣٧٠).

(٣) ويراجع في تفصيل ذلك: فتح العلي المالك (١/٣٧٠ ـ ٣٧٥).

لا ينفق عليها، أو أن لا إرث بينهما، أو أن أمرها بيدها متى شاءت، أو على أن الطلاق بيد غير الزوج فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح، ويفسد النكاح إن شرط فيه. ثم اختلف في ذلك فقيل: يفسخ النكاح قبل الدخول أو بعده. وقيل: يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده فيسقط الشرط. وهذا هو المشهور. وقيل: إن أسقط مشترط الشرط شرطَهُ صح النكاح وإن تمسك به فسخ.

الثالث: ما لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه، وللزوجة فيه غرض كشرطه أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يتسرى، أو أن لا يخرجها من بلدها، أو من بيتها، أو أن لا يغيب عنها. فهذا النوع لا يفسد به النكاح، ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول، ولا بعده فإن اشترط الزوج شيئاً من ذلك في العقد أو بعده فلا يخلو إما أن يعلقه بطلاق أو عتق أو تمليك، أم لا. فإن علقه بطلاق أو عتق أو تمليك لزمه ذلك كقوله: إن تزوجت عليها فهي طالق، أو فالزوجة طالق، أو فأمرها بيدها، أو بيد أبيها، أو غيره، أو أمر الداخلة بيد الزوجة الأولى، أو بيد أبيها أو إن تسريت عليها فالسرية حرة، أو نحو ذلك، وسواء كانت أسقطت من صداقها لذلك شيئاً أو لم تسقط، وسواء شرطت ذلك في عقد النكاح، أو تطوع به الزوج، فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه ما شرط، ولا ترجع عليه بما أسقطته من صداقها لذلك لأن مقصودها قد حصل... وقد اختلف في جواز النكاح على ذلك ابتداء ففي الموازية قال: لا يحل الشرط ابتداء، فإن وقع جاز النكاح ولزم الشرط. وقال ابن قاسم: يكره العقد على ذلك، وقال اللخمي أجاز ذلك سحنون ابتداء(١)..

وقد أجاد صاحب فتح العلي المالك في عرض مذهب مالك وأصحابه في الشروط عرضاً مسهباً تناول فيه تفصيلات رائعة وجزئيات لا تسمح طبيعة بحثنا بالخوض فيها(٢).

وأما الشروط عند الشافعية فقد قسموها باعتبار وصفها مع العقد إلى أربعة أقسام وقسموها باعتبار ذاتها من حيث كونها ملائمة للعقد أم لا إلى خمسة أقسام فالتقسيم الأول هو ما ذكره الزركشي بقوله: «الشروط في البيع أربعة أقسام: قسم يبطل البيع والشرط، وقسم يصح البيع ويبطل الشرط، وقسم يصح البيع والشرط، والرابع شرط ذِكْرُهُ شرطٌ.

---

(١) فتح العلي المالك (١/٣٣٢ ـ ٣٣٥).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: فتح العلي المالك (٢٣٢ ـ ٣٧٥). ويراجع كذلك: مواهب الجليل للحطاب (٤/٣٧٦)؛ وشرح تحفة الحكام (١/٢٨٢)؛ وبلغة السالك (٢/٤٣٨).

فالأول: كما في الشروط المنافية لمقتضى العقد كشرط أن لا يتسلمه،أو لا ينتفع به، ويستثني البيع بشرط البراءة من العيب إذا قلنا: لا يبرأ فلا يفسد البيع في الأصح. . .

والثاني: كما إذا شرط ما لا ينافيه، ولا يقتضيه ولا غرض فيه كشرط أن لا يأكل، أو لا يلبس إلا كذا. . .

والثالث: كما إذا شرط ما يقتضيه العقد، ومصالحه كشرط الخيار والأجل، والرهن، والكفيل، والإشهاد. . .

والرابع: بيع الثمار قبل بدو الصلاح فيشترط في صحة البيع شرط القطع ولو بيعت من مالك الأصل، وكذا الزرع الأخضر، لكن إذا بيعت من مالك الأصل لا يلزم الوفاء بالشرط، وليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ولا يجب الوفاء به إلا في هذا الموضوع»[1].

والتقسم الثاني هو ما اختاره النووي حيث يقول: «قال أصحابنا الشروط خمسة أضرب:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس، أو تسليم المبيع، أو الرد بالعيب، أو الرجوع بالعهدة، أو انتفاع المشتري به كيف شاء، وشبه ذلك. **فهذا لا** يفسد العقد بلا خلاف.

الضرب الثاني: أن يشترط مما لا يقتضيــه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث، والأجل، والرهن، والضمين، والشهادة ونحوها، وكشرط كون العبد المبيع خياطاً، أو كاتباً، ونحوه، **فلا يبطل** العقد أيضاً بلا خلاف، بل يصح ويثبت المشروط.

الضرب الثالث: أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعاً كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز، أو الكتان قال إمام الحرمين: وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعين شهوداً وقلنا لا يتعينون. **فهذا الشرط** لا يفسد العقد، بل يلغو، ويصح البيع هذا هو المذهب. . .

الضرب الرابع: أن يبيعه عبداً أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري ففيه ثلاثة أقوال:

---

(١) المنثور في القواعد (٢/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠).

الصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي في معظم كتبه، وقطع به المصنف ـ أي الشيرازي ـ وأكثر الأصحاب أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به. والثاني: يصح البيع ويبطل الشرط فلا يلزمه عتقه. والثالث: يبطل الشرط والبيع جميعاً كغيره من الشروط. والمذهب صحتهما، وعليه التفريع...

والضرب الخامس: وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باعه شيئاً بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به، أو لا يعتقه، أو لا يقبضه، أو لا يؤجره...، أو بشرط أن يبيعه غيره، أو يشتري منه، أو يقرضه، أو يؤجره، أو الخسارة عليه إن باعه بأقل، أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له، أو ما أشبه ذلك **فالبيع باطل** في جميع هذه الصور وأشباهها، لمنافاة مقتضاه»[1].

هذا هو المشهور والراجح في المذهب الشافعي لكن حكى إمام الحرمين، والرافعي[2] وغيرهما قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي مؤداه أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة مطلقاً، بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضي الله عنها[3] قال النووي: «وهذا ضعيف»[4].

وأما الشروط الفاسدة في النكاح فالمذهب، والمشهور أنها لا تؤثر فيه حيث يصح النكاح، ويلغو الشرط[5].

وأما الحنابلة فهم أيضاً قسموا الشروط باعتبارين، باعتبار الصحة والبطلان، وباعتبار كونها ملائمة للعقد أم لا. فباعتبار الأول قسموها إلى شروط صحيحة، وشروط باطلة جاء في الإنصاف: «وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع: **أحدها**: شَرْطُ مقتضى البيع كالتقابض، وحلول الثمن ونحوه...

الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله، أو الرهن أو الضمين به، أو في صفة في المبيع نحو كون العبد كاتباً، أو خصياً، أو صانعاً، أو مسلماً، أو الأمة بكراً أو الدابة هملاجة ـ أي سريعة في السير وحسنة فيه ـ والفهد

---

(١) المجموع (٩/٣٦٤ ـ ٣٦٩).

(٢) فتح العزيز (٨/٢١١).

(٣) سبق تخريجها في بداية الغصن الأول.

(٤) المجموع (٩/٣٦٩).

(٥) المجموع (٩/٣٦٩). ويراجع في تفصيل أحكام الشروط الوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/١٦٩ ـ ٢١٢).

صيوداً فيصح الشرط بلا نزاع، فإن وفى به هو في جميع ما تقدم، وإلاّ فلصاحبه الفسخ. يعني إذا لم يتعذر الرد. فأما إذا تعذر الرد تعين له الأرش... وإن شرطها ثيبا كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ... وإن شرط الطائر مصوتاً، أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح على المذهب... وقال القاضي: لا يصح.

الثالث: أن يشترط البائع نفعاً معلوماً في البيع كسكنى الدار شهراً، أو حملان البعير إلى موضع معلوم على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وهو المعمول به في المذهب...، وعنه: لا يصح... ويجوز للبائع إجارة ما استثناه وإعارته مدة استثنائه كالعين المؤجرة إذا بيعت... وإن جمع بين شرطين لم يصح: هذا المذهب، وعليه الأصحاب. وعنه يصح اختاره الشيخ تقي الدين»[1]، غير أن فقهاء الحنابلة اختلفوا في المراد بالشرطين هل هما الشرطان وإن كانا صحيحين، أم المراد بهما الفاسدان فقط فحينئذ يكون الجمع بين شرطين صحيحين لا يضر بالعقد. قال المرداوي: «قال في الرعاية الكبرى: لو شرط شرطين فاسدين، أو صحيحين لو انفردا بطل العقد... وقال في الصغرى: وإن جمع في عقد شرطين ينافيانه بطل، فظاهره أنهما إذا كانا من مصلحته لا يبطل كالأول»[2]. وقد رجح المرداوي أن محل الخلاف إذا لم يكونا من مصلحة العقد فأما إن كانا من مصلحته فإنه يصح على الصحيح في المذهب[3].

وأما الشروط الفاسدة عندهم فثلاثة أنواع، وهي:

الأول: أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف، أو قرض، أو بيع، أو إجارة، أو صرف للثمن، أو غيره. فهذا يبطل البيع: وهو الصحيح في المذهب، وعن أحمد رواية أنه يبطل الشرط وحده، وهو ظاهر كلام ابن عبدوس في تذكرته، وأطلقهما في المذهب والمحرر والفائق.

الثاني: شرط ما ينافي مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه، أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو أن لا يبيع، ولا يهب ولا يعتق، أو أن أعتق فالولاء له، أو يشرط أن يفعل ذلك. فهذا باطل في نفسه على الصحيح من المذهب إلا ما استثنى، وعليه الأصحاب، وتأتي الرواية في ذلك، والكلام عليها.

وهل يبطل البيع؟ على روايتين. وأطلقهما في الهداية، والإيضاح... إحداهما:

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٤٠...).

(٢)، (٣) الإنصاف (٤/ ٣٤٨).

لا يبطل البيع وهو الصحيح من المذهب نص عليه. وجزم به في الوجيز... قال القاضي: المنصوص عن الإمام أحمد: أن البيع صحيح.

والرواية الثانية: يبطل البيع. قال في الفروع: اختاره القاضي، وأصحابه، وصححه في الخلاصة.

وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري إن باعها فهو أحق بها بالثمن: أن البيع جائز. ومعناه - والله أعلم - أنه جائز مع فساد الشرط.

الثالث: أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله: بعتك: إن جئتني بكذا، أو إن رضي فلان فلا يصح البيع وهو المذهب. وعليه الأصحاب...، أو يقول للمرتهن: إن جئتك بحقك، وإلا فالرهن لك - يعني مبيعاً بما لك عندي من الحق - فلا يصح البيع ولا الشرط في الرهن. وهذا المذهب جزم به في المغني، والشرح...

وقال الشيخ تقي الدين: لا يبطل الثاني، وإن لم يأته صار له. وفعله الإمام قاله في الفائق[1].

غير أن الحنابلة - على الصحيح - أجازوا بيع العربون وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً - مثلاً - ويقول: إن أخذته وإلا فالدرهم لك. قال المرداوي: «الصحيح من المذهب: إن هذه صفة العربون. ذكره الأصحاب، وسواء وقت أو لم يوقت. جزم به في المغني والشرح، والمستوعب وغيرهم...، وقيل: العربون: أن يقول: إن أخذت المبيع وجئت بالباقي وقت كذا، وإلا فهو لك. جزم به في الرعايتين، والحاويين، والفائق»[2].

وذكر ابن قدامة أن النكاح أيضاً يفسد بالشروط الفاسدة[3]. وأما الشروط الصحيحة في النكاح فهي أولى الشروط بالوفاء[4].

وقسم ابن قدامة باعتبار الثاني إلى أربعة أقسام:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال. فهذا لا يؤثر في العقد.

---

(١) الإنصاف (٤/٣٥٦ - ٣٥٧).

(٢) الإنصاف (٤/٣٥٧ - ٣٥٨). ويراجع زاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٤/٣٩٢).

(٣) قال في المغني (٦/٦٤٧): «لأن العقد إنما يبطل بما شرط».

(٤) أعلام الموقعين (٢/٣٤٦).

الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والرهن. فهذا جائز لازم.

الثالث: ما ليس بمقتضاه، ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان:

أحدهما: اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره.

الثاني: أن يشترط عقداً في عقد... فهذا شرط فاسد يفسد به البيع.

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين:

أحدهما: اشتراط ما بنى على التغليب والسراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد. فهل يصح؟ على روايتين...

الضرب الثاني: أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع، ولا يهب... فهذه وما أشبهها شروط فاسدة، وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين[1]...

وأما الشروط عند الظاهرية فهي على قسمين: شروط صحيحة، وشروط باطلة، فالصحيحة هي ما ورد بها نص من الكتاب والسنة، وما لم يرد به نص فهو باطل قال ابن حزم: «فإن ذكرا ذلك الشرط في حال عقد البيع فالبيع باطل مفسوخ، والشرط باطل أيَّ شرطٍ كان لا تُحاشِ شيئاً إلا سبعة شروط فقط، فإنها لازمة، والبيع صحيح إن اشترطت في البيع، وهي: اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، واشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير، أو دراهم إلى أجل مسمى، واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكرا أجلاً، واشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة، واشتراط أن لا خلابة، وبيع العبد، أو الأمة فيشترط المشتري مالهما، أو بعضه مسمى معيناً، أو جزءاً منسوباً مشاعاً في جميعه سواء كان مالهما مجهولاً كله أو معلوماً كله، أو معلوماً بعضه مجهولاً بعضه، أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب، أو بعده فيشترط المشتري الثمرة لنفسه، أو جزءاً معيناً منها، أو مسمى مشاعاً في جميعها، فهذه ولا مزيد، وسائرها باطل...»[2].

والإمامية أيضاً أدخلوا في الشروط الصحيحة ما يقتضيه العقد، وما لا يقتضيه لكنه لا ينافيه مما فيه مصلحة للمتعاقدين كشرط الأجل والخيار والكفيل والشهادة ونحو ذلك، فحكم هذا الشرط أنه لا خلاف عندهم في صحة هذه الشروط ولزوم الوفاء به. وإذا أخل المشروط عليه بالشرط ففي أثره ثلاثة أقوال: أرجحها أنه يجبر على الوفاء

---

(١) المغني (٤/٤٤٩ - ٤٥٢).

(٢) المحلى (٩/٤٠٣).

به، وإن تعذر يكون للمشروط له الخيار. وثانيها: له الخيار مطلقاً، وثالثها: فيه تفصيل[1]. وكذلك أدخلوا في الشروط الصحيحة شرطاً لا ينافي مقتضاه لكن فيه معنى البر مثل أن يبيعه عبداً بشرط أن يعتقه، أو يدبره، أو يكاتبه، أو باعه داراً بشرط أن يقفه أو نحو ذلك. فهذا الشرط يصح في الراجح لديهم ويجب الوفاء به[2]. وكذلك صححوا اشتراط الانتفاع بالمعقود عليه مدة معينة مثل أن يبيع داراً ويشترط سكناها مدة معينة، وكذلك يجوز عندهم اشتراط تأخير إقباض المبيع مدة معينة، والانتفاع به منفعة معينة لأنه شرط سائغ[3].

وأما الشروط الباطلة عندهم فهي الشروط غير المقدورة، والشروط التي تؤدي إلى الغرر، والشروط غير المشروعة، والشروط التي لا يتعلق بها غرض عرفاً[4].

وأما الزيدية فقد نظروا أيضاً إلى طبيعة الشروط من حيث كونها يقتضيها العقد، أو تلائمه، أو لا. جاء في الروض النضير: «والشروط المصاحبة للبيع على ضروب: منها: ما يناقض البيوع ويفسدها، ومنها ما يلائمها ولا يفسدها، وقد ورد الأمر بالوفاء بالشروط في قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالعُقُودِ ﴾[5] وحديث «المسلمون عند شروطهم»[6] أخرجه ابن أبي شيبة...، وثبت عنه ﷺ أنه قال في قصة شراء عائشة لبريرة: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[7]، بل وما صح من السنة كذلك... وضابط ما يصح منها، وما يبطل أن كل شرط كان من مصلحة العقد مثل أن يبيعه على أن يرهنه داره، أو يقيم له كفيلاً بالثمن، أو كان من مقتضاه مثل أن يبيعه عبداً على أن يحسن إليه، ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق، وغير ذلك مما يجب أن يفعله، أو يباح له فعله كبعتك هذه الدار على أن تسكنها، أو تسكنها من شئت فهذه شروط لا تضر العقد. **وكل شرط** يُدخِل الثمن في حد الجهالة، أو يوقع في العقد، أو تسليم الثمن غرراً، أو يمنع المشتري من الانتفاع بملكه فهو مفسد للبيع، فمثال ما يدخل الثمن في حد الجهالة أن يشتري منه سلعته، ويشترط عليه نقلها إلى بيته، أو ثوباً ويشترط عليه خياطته، إذ الثمن ينقسم على المبيع والأجرة، ومثال ما يوقع غرراً في العقد أن يشترط

---

(١) يراجع: الروضة البهية (١/٣٣١).

(٢) تذكرة الفقهاء (٧/ق ٢/ ١٨١).

(٣) الروضة البهية (١/٣٣٥).

(٤) يراجع في تفصيلها مفتاح الكرامة (٤/٧٣٢)؛ والمختصر النافع ص (١٤٨).

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

(٦)، (٧) سبق تخريجهما.

خياراً مجهول المدة، أو صاحبه، كأن يقول: ولأحد إخوتي، أو جيراني الخيار، ومثاله في الثمن كأن يشترط رجحان المبيع، أو يؤجل الثمن إلى وقت مجهول، ومثال ما يمنع المشتري من موجب العقد أن يبيعه جاريته على أن لا يبيعها، أو لا يستخدمها، أو لايطأها»[1]. كما أبطل الزيدية شرطين في بيع، وفسر ذلك الإمام زيد بن علي رضي الله عنهما بأن يقول: بعتك هذه السلعة على أنها بالنقد بكذا، وبالنسيئة بكذا، أو على أنها إلى أجل كذا بكذا، وإلى أجل كذا بكذا. وفسره سماك بن حرب في روايته بنحو الأول... والوجه في عدم جوازه أنه مع التخيير لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره منهما، فيقع به العقد، وإذا جهل الثمن بطل البيع...[2]. وأما الشروط في النكاح فهي لا تبطله عدا شرط أن المرأة لا يطأها، فإنه يفسد العقد[3].

تلك هي آراء جماهير الفقهاء في موضوع الشروط ذكرناها للاستدلال على مدى عنايتهم البالغة بها حيث أولوها رعاية قصوى شملت كل جوانبها كما أنها تظهر لنا مدى خطورة مسألة الشروط، وتشعبها وقابليتها لاختلاف وجهات النظر بشكل كبير، ويدل على ذلك ما رواه الطبراني في «معجمة الوسط» بسنده عن عبد الوارث بن سعيد قال: «قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً، وشرط شرطاً، فقال: البيع باطل، والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز، والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة، فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت: سبحان الله! ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة؟ فأتيت أبا حنيفة، فأخبرته. فقال: ما أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب عن جده عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته. فقال: ما أدري ما قالا. حدثني هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة، قالت: أمرني النبي ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها، البيع جائز، والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر، قال: بعت النبي ﷺ ناقة، وشرط لي حملانها إلى المدينة، البيع جائز، والشرط جائز»[4].

وقد ظهر لنا من خلال العرض السابق أن نظرة الفقهاء إلى اشتراط الشروط

(١) الروض النضير (٣/٤٨٤ ـ ٤٨٦) ويراجع: البحر الزخار (٤/٣٤١ ـ ٣٤٥).
(٢) الروض النضير (٣/٤٨٤).
(٣) البحر الزخار (٤/٣١).
(٤) نصب الراية للحافظ الزيلعي (٤/١٨)؛ والمبسوط للسرخسي (١٣/١٤).

ليست واحدة بل تختلف توسعاً وتضييقاً حسب مفهوم الشرط الصحيح أو الفاسد عندهم فالظاهرية قد ضيقوا الخناق على الشروط حيث لم يجيزوا منها إلاّ شرطاً ورد به دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وأما غيرهم حتى لو طلبوا الدليل لجواز شرط فإن مفهوم الدليل أوسع عندهم حيث يشمل تلك الأدلة الثلاثة، والقياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف وغير ذلك عند بعضهم، ونرى أن أوسع المذاهب تصحيحاً للشروط هم المالكية فالحنابلة، كما أن الحنفية قد فتحوا باباً واسعاً متطوراً لتصحيح الشروط من خلال إقرارهم للشروط التي جرى بها العرف، كما نرى الشافعية في القول الراجح لديهم لم يتجهوا إلى مثل هذا التوسع، لكن في قول مرجوح لديهم لم يجعلوا للشروط مهما كانت باطلة أي تأثير في العقد حيث يصح ويصبح الشرط باطلاً، ويمتاز المالكية عن غيرهم في أن الشرط الذي يفسد العقد إن لم يتمسك به مشترطه ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد. كما يظهر من خلال هذا العرض أن للشروط طرفين، ووسطاً، اتفق الفقهاء على الطرفين، واختلفوا في الوسط، فهم متفقون على جواز الشروط التي تكون مكملة لحكمة المشروط، وعاضداً لها بحيث لا يكون فيها منافاة لها على حال، كاشتراط الكفء، والإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن، والحميل، والنقد، أو الأجل في الثمن في البيع. فهذا الطرف من الشروط جائز بالاتفاق. وأما طرفها الأخير فهو أيضاً محل الإجماع حيث اتفقوا على عدم جواز الشرط الذي ينافي مقتضى العقد منافاة بينة مثل اشتراط عدم نقل الملكية في البيع، أو عدم الانفاق عليها في النكاح مثلاً، غير أنه يثور الخلاف في أنه هل يؤثر في العقد نفسه بالإبطال أم لا.

وأما الوسط فهو أن يكون الشرط مطلقاً أي لا مثل الطرف الأول، ولا الأخير فهذا محل نظر الفقهاء، وفيه جالت اجتهاداتهم[1].

وهناك تفاصيل كثيرةومسائل وجزئيات تترتب على هذه الأقوال لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيها[2]، غير أن الذي يأخذ أهمية قصوى هو الوصول إلى أن الأصل في الشروط هل هو الإباحة أم الحظر؟ لأنه إذا ثبت أحدهما يترتب عليه نتائج مهمة وخطيرة.

الواقع أنني لم أعثر على نص خاص داخل المذاهب السابقة يدل صراحة على

---

(١) ويراجع: الموافقات (١/٢٨٣ ـ ٢٨٤)؛ والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة، ويراجع: الشيخ أبو زهرة، المصدر السابق (٢٧٦ . . .)؛ والشيخ العدوي، المصدر السابق ص (١٣٤)؛ ود. حسن الشاذلي، المصدر السابق.

أن الأصل في العقود الحظر، أو الإباحة، إلا الظاهرية الذين صححوا سبعة شروط، وحكموا على ما عداها بالبطلان، وإلا العلامة ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم اللذين صرحا بأن الأصل في الشروط الجواز والإباحة، غير أن العلامة ابن تيمية قد أسند إلى كثير من أصول أبي حنيفة، والشافعي، وأصحاب مالك وأحمد القول بالحظر، حيث يقول: «والذي يمكن ضبطه فيها ـ أي في العقود والشروط قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته. فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تبتنى على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس...»[1]. هكذا أسند ابن تيمية القول بالحظر إلى هؤلاء بتحفظ حيث لم يقل: إنهم قالوا به، بل قال: «يؤخذ من كثير من أصولهم». بل إن العلامة ابن القيم بعد أن ذكر أن الأصل عند الظاهرية في العقود والشروط البطلان قال: «وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع، أو نهى عنه»[2]. غير أن بعض الباحثين المحدثين[3] قد صرحوا بأن

---

(١) القواعد النوارنية لابن تيمية ص (١٨٤)؛ ومجموع الفتاوى (٢٩/١٢٦).

(٢) أعلام الموقعين (١/٣٤٤).

(٣) يقول أستاذنا الدكتور الشيخ العدوي، نظرية العقد ص (١٦٠): «نرى أن جمهور االفقهاء يتفقون مع أهل الظاهر في أنه لا بد لصحة الشرط من دليل معين، ولكنهم يختلفون معهم تمام الاختلاف في التطبيق، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم...».

ويقول أستاذنا الدكتور الشاذلي، (نظرية الشرط ص ٢٧٤): «يتفق المذهبان ـ أي الحنفي والشافعي ـ في أن الأصل في الشروط الفساد». ويقول في ص (٢٧٥): «... رغم أن المذاهب الثلاثة ـ أي الحنفي، والمالكي، والشافعي ـ تتفق على أن الأصل في الشروط هو الفساد». وقد استند في ذلك لا على صريح أقوالهم في بيان ما هو الأصل فيها. وإنما على أن هذه المذاهب قد استندت على حديث النهي عن بيع وشرط، وحديث بريرة ونحوهما، ولهذا يقول في ص (٢٩٩): «أما المذهب االحنبلي فلم يأخذ بحديث: «النهي عن بيع وشرط» لعدم ثبوت صحته عند الإمام أحمد حتى أنه ضرب عليه... ومن ثم لم يقف هذا الحديث حائلاً دون القول بأن الأصل في الشروط الصحة...». وفي نظري أن وجود الاعتراف بصحة هذا الحديث لا يكون دليلاً على أن الأصل في المذهب الذي أخذ به هو الحظر في الشروط. بل ربما يكون الأصل فيها الإباحة فجاء الحديث فمنع هذا الأصل بقدره، ثم إن هذا الحديث لم يروه الإمام مالك، ولا الإمام الشافعي، وهو حديث ضعيف كما قاله ابن قطان. انظر نصب الراية (٤/١٧ ـ ١٨).

وذكر الأستاذ محمد سلام مدكور في المدخل ص (٦٤٧)، أن الأصل عند الأحناف والشافعية في =

أصحاب المذاهب الأربعة ـ كلهم أو جمهورهم عدا ابن تيمية ومن معه ـ يذهبون إلى القول بأن الأصل في الشروط الحظر معتمدين على ما ذكره ابن تيمية لكن بتحفظ دقيق، وعلى بعض تعليلاتهم التي يشم منها هذه الرائحة. لكنني لم أجد لديهم ما يقنعني بما ذهبوا إليه، فليس هناك نص صريح يحسم هذا الأمر، وإن لازم المذهب ليس بمذهب، بل أجد في نفسي أن قواعد وأصول هذه المذاهب السابقة ـ أي عدا الظاهرية ـ تقتضي القول بأن الأصل لديهم في الشروط هو الإباحة، ويدل على ذلك ما يأتي:

أولاً: ما نقلنا عنهم ـ في الغصن السابق[1] ـ أن الأصل عندهم في العاديات ـ أي غير العبادات ـ هو الإباحة، ولا شك أن الشروط من الأمور العادية، وليست من العبادات، بل قد صرح الشاطبي بذلك حتى في الشروط، حيث يقول: «والثالث من الشروط أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه، ولا ملائمة، وهو محل نظر، هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا: التفرقة بين العبادات والمعاملات... وما كان من العاديات يكتفي فيه بعدم المنافاة، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه. فكذلك ما يتعلق بها من الشروط»[1].

ثانياً: لو كان الأصل عندهم في الشروط الحظر لكانوا قد ركنوا إليه في إبطال كل شرط دون الحاجة إلى ذكر دليل آخر، في حين لا نراهم ـ حسب إطلاعي ـ قد التجأوا إلى الاستدلال بهذا الأصل، بل نراهم يجنحون إلى أدلة أخرى مثل قولهم: إن اشتراط الشرط الفلاني باطل، لأنه يؤدي إلى الربا، أو لأنه يؤدي إلى جهالة وغرر أو نحو ذلك ولذلك صحح الحنفية العقود غير المالية مع الشروط مطلقاً كما سبق، لعدم وجود الربا فيها، ولأن مبناها على التسامح، فلو كان الأصل فيها الحظر لكانت قد أثرت فيها أيضاً.

ثالثاً: لو كان الأصل عندهم فيها الحظر لكانوا قد احتاجوا في إثبات كل شرط

= الشروط هو الحظر، وكذلك فعل الأستاذ السنهوري في مصادر الحق (١٧٤/٣) حيث قال: «إن الأصل ـ أي لدى المالكية والحنابلة ـ في الشروط االصحة، والفساد هو الاستثناء». وأشار إلى أن الأصل عند الحنفية والشافعية في الشروط هو الحظر.

(١) يراجع ص (١١٥٠).

(٢) الموافقات (٢٨٤/١ ـ ٢٨٥).

جائز إلى دليل خاص من الأدلة المعتبرة لدى كل مذهب، ولكننا لا نجدهم يلتجأون إلى ذلك، بل يكتفون ـ في بعض الأحيان ـ في جواز الشرط بكونه لا ينافي مقتضى العقد، أو الحاجة تدعو إليه، فحتى الشافعية الذين يعتبرون أضيق المذاهب بهذا الخصوص نراهم يجنحون في جواز اشتراط الرهن إلى الحاجة، فقد ذكر العلامة الرملي ذلك بقوله: «. . . والرهن للحاجة إليه، ولا سيما في معاملة من لا يعرف حاله، وشرطه للعلم به إما بالمشاهدة، أو الوصف بصفات السلم. . . والكفيل للحاجة إليه أيضاً. . .»[1]. ولا يخفى أن الحاجة ليست دليلاً من الأدلة المعتبرة عند الشافعية، وكذلك الأمر عند الحنفية، حيث أجازوا الشروط التي جرى بها العرف، وهو وإن كان من الأدلة المعتبرة عندهم لكن تحقق كونه دليلاً يجب أن يكون عاماً مطرداً[2]. كما أنهم لم يقصدوا بكونه دليلاً أنه مصدر مستقل من مصادر التشريع بل أرادوا به أنه يفسر به النصوص[3]. في حين أن العرف هنا يراد به العادة حيث تصح الشروط التي تجري بها العادة ما دامت لا تتضمن محظوراً، بل إن مجرد كونه لا ينافي مقتضى العقد ولا يؤدي إلى الجهالة، أو الربا يدل على جوازه. يقول السرخسي في تعليل جواز شرط الحوالة: «لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري. . .»[4].

فالفقهاء ـ عدا الظاهرية ـ حينما يضيقون من نطاق الشروط وسلطانها لا ينطلقون من كون الأصل فيها الحظر، وإنما من منطلق أن آثار العقد شرعية وضرورية لاستقرار التعاقد، وحتى لا يتلاعب بها المتعاقدون حسب أهوائهم وشهواتهم التي لو تركت وشأنها لأدت إلى قلقلة التعاقد واضطرابه بل إلى ارتكاب المظالم والاستغلال البشع، ومن هنا وضعوا الضوابط والقيود، كلٌّ حسب نظرته فيما يحقق هذا الهدف السامي، ولهذا اختلفوا في ذلك توسعاً أو تضييقاً. بالإضافة إلى أنه قد وردت بهذا الخصوص بعض أحاديث تدل على عدم جواز تخطي الآثار التي وضعها الشارع الحكيم على العقد.

وأما استدلالهم على جواز بعض الشروط بأدلة خاصة فهذا لا يعني أن الأصل لديهم فيها هو الحظر بدليل أن الأصل عندهم في إنشاء العقود هو الإباحة مع أنهم

---

(١) نهاية المحتاج شرح المنهاج (٣/٤٣٦ ـ ٤٣٨).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٠٢)، حيث نقل عن البزازية أن الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص. وقيل: يثبت.

(٣) يراجع: د. عبد الحميد أبو المكارم، الأدلة المختلف فيها، ط. دار المسلم بالقاهرة سنة ١٩٨٣.

(٤) المبسوط (١٣/١٩).

يستدلون على جواز كل عقد بدليل خاص، فالاستدلال بها يعني وجود أدلة خاصة أيضاً بجانب الأدلة العامة، بل إن الفقهاء نراهم يذكرون الأدلة للمباحات كالأكل والشرب، فهل ذكر دليل على إباحتهما مثل قوله تعالى: ﴿ كُلُوا وَٱشْرَبُوا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ ﴾[1] يكون دليلاً على أن قائله يقول بأن الأصل فيهما الحظر؟.

وأياً ما كان فإن الفقهاء المسلمين مختلفون في تضييق نطاق الشروط لهذه الاعتبارات، وأن الخلاف جار في كون الأصل فيها الإباحة، أم الحظر، وأنه لا شك في أن أهل الظاهر يقولون بالحظر، وأن العلامة ابن تيمية[2] وتلميذه الفقيه ابن القيم[3] يقولان بالإباحة، وأما الجمهور فهم ـ حسب نظري القاصر ـ لا يزالون على قاعدتهم العامة في أن الأصل في العاديات الإباحة وأن الضوابط والقيود التي أدخلوها في نطاق الشروط لم تخرجها من الإباحة إلى الحظر ـ كمبدأ عام.

ونحن هنا نذكر أدلة الفريقين مع المناقشة والترجيح. استدل القائلون بأن الأصل فيها الحظر بالأدلة السابقة في الغصن الأول من هذا المطلب[4] ولا سيما حديث عائشة بخصوص بريرة فلا داعي لتكرارها كما أننا ناقشناها فلم تصمد.

كما استدلوا بما روي عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[5]، فالحديث يدل على أن النهي شامل لكل شرط لأنه جاء نكرة في حيز ما هو بمعنى النفي، فيعمل به، حيث يدل على أن اشتراط الشرط في العقد فاسد، لأن المنهي عنه فاسد[6].

واستدلوا أيضاً بما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع . . .» وهو حديث صحيح كما قال الترمذي وغيره[7].

---

(١) سورة البقرة: الآية ٦٠.

(٢) القواعد النورانية ص (١٨٤ . . .)؛ ومجموع الفتاوى (١٢٦/٢٩ . . .).

(٣) أعلام الموقعين (٣٤٤/١).

(٤) أي في ص (١٤١٣) وما بعدها من هذه الرسالة. ويراجع المحلى لابن حزم (٤٠٦/٩ . . .).

(٥) قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية (١٨/٤): رواه الطبراني في المعجم الوسط.

(٦) فتح القدير (٢١٤/٥).

(٧) الحديث رواه أحمد والنسائي وأبو داود، والترمذي وقال حسن صحيح، والحاكم وابن خزيمة وصححاه.

ينظر الحديث في: مسند أحمد (١٧٩/٣)؛ وسنن أبي داود مع العون، كتاب البيوع (٤٠٢/٩)؛ والنسائي، كتاب البيوع (٢٥٩/٧). ويراجع: نيل الأوطار (٣٢٤/٦).

ويمكن أن نناقش هذين الحديثين. أما أولهما فإنه حديث ضعيف كما قاله ابن قطان[1]. وقال العلامة ابن القيم: «... لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنة الصحيحة، والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه... فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد. فهذا بيع وشرط متفق عليه»[2].

ثم إن النهي في الحديث المذكور ليس لذاته فكيف يحكم بفساد البيع حتى ولو قلنا بفساد الشرط؟.

وأما الحديث الثاني فهو صحيح لكنه لا يدل على المطلوب، فهو يدل على حرمة شرطين، لا على شرط واحد، ثم إنه قد اختلف في تفسيره، لأنه إن كان المراد بالشرطين شرطين فاسدين، فواحدهما محرم بوحده دون أن يضم إليه آخر، فلا يكون الحديث تأسيساً، بل تأكيداً، وإن كان المراد بهما شرطين صحيحين يكون ذلك مثيراً للتساؤل؛ لأن ضم الصحيح إلى الصحيح لا يمكن أن ينتج عنه الفساد، ولهذا فالمراد بهما شرط معلق على شيء في حالة، وشرط آخر على شيء في حالة أخرى فيكون العقد معلقاً، وهذا ما اتجه إليه أكثر المحققين من شراح الحديث، قال البغوي: هو أن يقول: بعتك هذا العبد بألف نقداً، أو بألفين نسيئة، فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافهما، ولا فرق بين شرطين وشروط[3].

على أنه أخذ بظاهر هذا الحديث بعض العلماء فقالوا: إنْ شَرَط في العقدين شرطين بطل سواء كانا صحيحين، أو فاسدين[4].

وقد رد ابن القيم على هذا التأويل وغيره بقوله: «وكل هذه الأقوال بعيدة عن مقصود الحديث غير مرادة منه...». ثم بعد أن بين وجه ضعفها عرج نحو التفسير الصحيح له قائلاً: «فإذا تبين ضعف هذه الأقوال فالأولى تفسير كلام النبي ﷺ بعضه ببعض، فتفسير كلامه بكلامه، فنقول: نظير هذا نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة... وقد فسرت البيعتان في البيعة بأن يقول: «أبيعك بعشرة نقداً، أو

---

(١) نصب الراية (١٨/٤).

(٢) أعلام الموقعين (٣٤٧/٢).

(٣) شرح ابن قيم الجوزية على سنن أبي داود مع عون المعبود (٤٠٣/٩ ـ ٤٠٧)؛ ونيل الأوطار (٣٢٥/٦).

(٤) شرح ابن قيم الجوزية على سنن أبي داود (٤٠٣/٩)؛ وعون المعبود (٤٠٤/٩ ـ ٤٠٥).

بعشرين نسيئة». هذا بعيد عن معنى الحديث... وفسر بأن يقول: «خذ هذه السلعة بعشرة نقداً، وآخذها منك بعشرين نسيئة»، وهي مسألة العينة بعينها، وهذا هو المعنى المطابق للحديث... وهذا هو بعينه الشرطان في بيع، فإن الشرط يطلق على العقد نفسه... فشرطان في بيع كصفقتين في صفقة»(١).

فعلى هذا يخرج الحديث عن الاستدلال به على أن الأصل في الشروط الحظر.

وقد استدل القائلون بأن الأصل في الشروط الإباحة بكل الأدلة التي سقناها في الغصن الأول(٢) فلا داعي لتكرارها، وبالإضافة إلى تلك فقد استدلوا على ذلك في الشروط خاصة بما يأتي:

١ - ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن جابر أنه كان يسير على جمل له قد أعيا - أي تعب - فمر النبي ﷺ فضربه، فسار سيراً ليس يسير مثله. ثم قال: «بعنيه بأوقية» فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على أثري قال: «ما كنتُ لآخُذُ جملَكَ، فخذْ جملك ذلك فهو مالك». وفي لفظ آخر عن جابر: «شرط ظهره إلى المدينة»(٣) والحديث صريح في أن جابراً رضي الله عنه قد اشترط هذا الشرط وهو لمصلحته، وأجازه الرسول ﷺ ولا يقال بأن الشرط كان خارجاً عن العقد، لأن البخاري نفسه قال: «والاشتراط أكثر وأصح عندي»(٤).

وقال الحافظ ابن حجر: «والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط - أي في العقد نفسه - أكثر عدداً من الذين خالفوهم وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح، ويترجح أيضاً بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة وهم حفاظ فتكون حجة، وليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره، لأن قوله: «لك ظهره» و«أفقرناك ظهره»... لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك، وقد رواه عن جابر بمعنى الاشتراط أيضاً أبو المتوكل عند أحمد ولفظه: «فبعني ولك ظهره إلى المدينة»(٥).

(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/٤٠٣ - ٤٠٧).
(٢) ص (١١٥٥) من هذه الرسالة.
(٣) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشروط (٥/٣١٤)؛ ومسلم، كتاب المساقاة (٣/١٢٢١)؛ وسنن أبي داود مع العون، كتاب البيوع (٩/٤١٢)؛ والترمذي مع التحفة، كتاب البيوع (٤/٤٦٠).
(٤) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣١٤).
(٥) فتح الباري (٥/٣١٨).

هذا. وقد سرد العلامة ابن تيمية أدلة كثيرة ومناقشة رائعة[1] نوجزها فيما يلي. فقد ناقش أدلة الظاهرية التي يكمن أهمها في حديث عائشة بخصوص بريرة الذي قال فيه الرسول ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق» بأن المراد بالشرط هنا ـ والله أعلم ـ المشروط. . . والدليل على ذلك قوله: «كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق». أي كتاب الله أحق من هذا الشرط، وشرط الله أوثق منه، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله.

وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله، فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال: «كتاب الله أحق». . . فمضمون الحديث أن المشروط إذا لم يكن من الأفعال المباحة حرام.

ثم ذكر أدلة كثيرة من الكتاب والسنة ذكرنا أكثرها سابقاً تدل جميعها على وجوب الوفاء بالعهود، والشروط التي عهود ومواثيق، منها: ما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[2]. فدل على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها.

فلو كان الأصل في الشروط الحظر والفساد لما كان الله تعالى يأمر بالوفاء بها مطلقاً، ويذم من نقضها، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيها الحظر إلا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس، ويحمل على القدر المباح أو الواجب[3].

ثم ذكر ابن تيمية أن الشروط من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم، إذ لو كانت محرمة لكان الشرع قد فصل فيها لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُم﴾[4] وهو عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.

والخلاصة أن شيخ الإسلام قد سرد من الأدلة النقلية والعقلية ما يقنع الباحث

---

(١) يراجع: مجموع الفتاوى (٢٩/١٢٦ ـ ١٧٤)؛ والقواعد النورانية ص (١٨٤ ـ ٢٢١).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشروط (٥/٣٢٣)؛ ومسلم، كتاب النكاح (٢/١٠٣٦).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٠).

(٤) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

المتجرد بقبول دعواه من أن الأصل في الشروط الجواز والصحة إلا ما دل الدليل على حظرها وفسادها[1].

ويقول العلامة ابن القيم: «. . . فأفسدوا ـ أي الظاهرية ـ بذلك ـ أي بأن الأصل هو الحظر ـ كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله تعالى بناء على هذا الأصل. . .، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله. . . فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم، والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه على ألسنة رسله، فإن العبادة حقه على عباده، وحقه الذي أحقه هو، ورضي به وشرعه. وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها، ولهذا نعى الله سبحانه على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم ما لم يحرمه، والتقرب إليه بما لم يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله، فإن الحلال ما أحله الله، والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو عفو، فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان وإهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه»[2]. ثم ذكر الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط، وحرمة الغدر وعدم الالتزام بها[3].

وأمام هذه الأدلة القوية والحجج الباهرة لا يسعني إلا أن أرجح هذا القول الأخير، أي القول بصحة الشرط إلا إذا دل الدليل على فساده ـ حيث يدل عليه بالإضافة إلى ما سبق تطبيقات النبي ﷺ العملية وأصحابه الكرام رضي الله عنهم.

فقد ذكرنا أن الرسول ﷺ اشترى من جابر جملاً، وشرط جابر حملانها إلى المدينة داخل العقد نفسه، وقد عقد الإمام البخاري في صحيحه كتاباً للشروط ضمنه كثيراً من التطبيقات العملية للشروط التي جرت في عصره ﷺ فقد ذكر في أول باب له منه الشروط التي اشترطتها قريش عليه بأن يرد كل من يأتيه منهم، فقبلها ﷺ وطبقها فعلاً حيث دخل أبو جندل بن سهيل بعد المعاهدة مباشرة فرده عليهم[4].

---

(١) مجموع الفتاوى (١٢٦/٢٩ ـ ١٨٠)؛ والقواعد النورانية ص (١٨٤ ـ ٢٢١).

(٢) أعلام الموقعين (٣٤٤/١ ـ ٣٤٥).

(٣) المصدر السابق (٣٤٤/١ ـ ٣٤٩).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشروط (٣١٢/٥، ٣٢٩).

وروى البخاري ومسلم في صحيحيهما عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1]. فهذا الحديث صريح في جواز الشرط وتأثيره؛ حيث إذا اشترطها المشتري أن تكون له كانت له، قال الحافظ ابن حجر: «وقد استدل بهذا الإطلاق على أنه يصح اشتراط بعض الثمرة كما يصح اشتراط جميعها... ويستفاد من الحديث أن الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد لا يفسد البيع»[2]. وروى أيضاً في صحيحه عن أبي هريرة قال: «قالت الأنصار للنبي ﷺ أقسم بيننا وبين إخواننا النخيلَ. قال: لا. فقالوا: تكفوننا المؤونة، ونشرككم في الثمرة. قالوا سمعنا وأطعنا»[3]. وفي رواية أخرى: «فقاسمهم الأنصار على أن يعطوهم ثمار أموالهم كل عام ويكفوهم العمل والمؤونة...»[4]، فهذا الحديث صريح في الاشتراط وجوازه.

وروى أيضاً عن ابن عمر قال: «أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»[5]. فالحديث نص في جواز العمل على أن يكون للعامل شطر مما تخرجه الأرض من ثمر، أو زرع. ونقل البخاري عن كثير من الأصحاب العمل مع الشرط ـ أي المزارعة ـ فقال: قال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال: «ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلّا يزرعون على الثلث والربع...»[6]. كما نقل عن عمر قوله: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت، وقال المسور: سمعت النبي ﷺ ذكر صهراً له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن. قال: حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي»[7] كما بين البخاري الشروط التي لا يجوز اشتراطها بما يدل على أنها التي تصطدم مع نص من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ حيث روى قصة الأعرابي الذي كان قد فدى ابنه الذي زنى بامرأة رجل بمائة شاة ووليدة، حيث قضى رسول الله ﷺ برد الوليدة والغنم، وإقامة الحد[8] فهذا الشرط باطل لأنه يخالف ما قضى به

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٤٠١/٤، ٣١٣/٥)؛ ومسلم، كتاب البيوع (١١٧٢/٣).
(٢) فتح الباري (٤٠٣/٤).
(٣) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشروط (٣٢٢/٥).
(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الهبة (٢٤٢/٥).
(٥) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب المزارعة (١٠/٥)، وكتاب الشروط (٣٢٢/٥)؛ ورواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة (١١٨٦/٣).
(٦) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب المزارعة (١٠/٥).
(٧) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشروط (٣٢٢/٥).
(٨) صحيح البخاري مع الفتح (٣٢٤/٥).

الشرع، وكذلك روى بسنده عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن التلقي... وأن تشترط المرأة طلاق أختها...»[١].

وتطبيقات النبي ﷺ وأصحابه كثيرة[٢]. وليس بعد قوله وفعله من دليل يستند إليه، وقدوة يحتذي بها، كما أن التوسع في نطاق الشروط ما دامت لا تخالف النصوص الشرعية الصريحة، ولا تنافي الآثار الأساسية للعقد يعطي مرونة في التعامل، وحرية أكثر في التعاقدات وتحقيقاً كاملاً للرضا الحقيقي.

المطلب الثاني
مدى قوة الرضا في تحديد الآثار في القانون

نعني بقوة الرضا في تحديد الآثار أن لا يقف سلطان الرضا عند إنشاء العقد، بل يعدو ذلك إلى تحديد آثاره حسبما يشاء، وبالتالي اشتراط الشروط والتحكم فيها حسبما يحلو له، وهذا هو الشق الثاني من مبدأ سلطان الإرادة، وهو مبدأ الحرية التعاقدية، أو أن العقد شريعة المتعاقدين.

وهذه الحرية لم يكن يتمتع بها المتعاقدان في ظل القانون الروماني؛ إذ الشكلية السائدة فيه حجبت الإرادة عن أداء دورها في هذا النطاق[٣]، ولم يقرر هذا المبدأ إلا في القرن السادس عشر أو السابع عشر - كما سبق - غير أنه حينما قُرر كان إقراره بتوسع نتيجة للكبت الذي لاقه طوال مراحله فنادى بإطلاق الحرية التعاقدية فلاسفة ذلك العصر، ودعوا ألى فتح أبوابها على مصراعيها مما أدى إلى ارتكاب مظالم بشعة، وظهور طبقية فاحشة، واستغلال القوي للضعيف حيث كان يفرض شروطه عليه، فنتج عنه رد فعل عنيف تمثل في الأفكار الأشتراكية - كما سبق.

لكن التجارب التي مرت بها الإنسانية قد أصقلت هذا المبدأ وجعلته يتجه نحو الأحسن والأعدل، لتحقيق العدالة، والتوازن والاستقرار فأخذت التشريعات المعاصرة[٤] تنبذ الغلو الذي وقع فيه أنصار الحرية الفردية، وأنصار المذهب

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣٢٤).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) د. فتحي عبد الرحيم، رسالته في الشكلية ص (٢٢٥...)؛ ود. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ص (٣٥٦)؛ ود. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني ص (٢٩٨). ويراجع الباب التمهيدي.

(٤) ويراجع الباب التمهيدي ومصادره التي ذكرناها.

الاشتراكي، وذلك بتحديد نطاق الإرادة في دائرة القانون الخاص، والتوسع في مفهوم النظام والآداب العامة ليشمل كثيراً من العقود والشروط ليحكم عليها بالبطلان المطلق أو النسبي، فدخلت القيود على هذا المبدأ فمثلاً فيما يتعلق بالأسرة كالنكاح ونحوه تُقَرر آثاره بالقانون، وإن كان ينعقد بالتراضي، وحتى في نطاق العقود التي تعتبر الميدان الخصب للإرادة قيد سلطانها بقيود وتنظيمات تضعها الجمعيات والشركات، والنقابات، بالإضافة إلى مبدأ النظام والآداب العامة، وتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف كما في عقود الإذعان وغير ذلك من القيود التي ذكرناها في الباب التمهيدي[١].

يقول مورانديه: «تخضع الاتفاقات التي تنشأ وفقاً للقانون لأوامره... ومعنى ذلك أن التشريع يحتفظ بقدر معين من الإشراف على العقد... فالنصوص الآمرة لا مناص من احترامها لأنها في حالة عدم رعايتها يترتب عليها بطلان التعاقد، مثال ذلك يجب توافر أهلية المتعاقدين... كما أن القانون يقضي ببطلان أي اتفاق على غير مقتضى النظام العام والآداب (المادة ١١٣٣ م.ف)... إن تقدم الأفكار الاجتماعية وعلاقة الفرد بالدولة، وارتباط مصالحه الخاصة بمصالح الدولة والآخرين قد وضعت قيوداً كثيرة على الحرية التعاقدية»[٢]. ويقول جان: «وقد اضطر المشرع بإقامة مجموعة من الاستثناءات للتشريع العام بالسماح للمستهلك بالرجوع من رضائه وفي هذا الصدد

(١) يراجع في تفصيل مسألة الحرية التعاقدية: مورانديه، المصدر السابق بند (٢٧٦...)؛ وبلانيول وربيير، المصدر السابق (٦/١١٠ بند ١٠٣)؛ وشيفاليه، الإرادة مصدراً للالتزام في مشروع القانون المدني المصري ص (٢٩...)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٤٤٣)؛ وجوسران، المصدر السابق ص (٢٢)؛ وجينو جورلا، المصدر السابق ص (١٣).

ويراجع: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد ص (١٥) وما بعدها؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/٧٢٠، ٧٩٦)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٢٥٣، ٢٩٩)؛ ود. عبد المنعم فرج الصدة، مبادىء القانون، ط. دار النهضة ١٩٧٧ ص (٣٦٤)؛ د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (١/٣١٠)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (١١٩...)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/٢١٨)؛ وأستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (١/٣٠٥).

ويراجع د. الحكيم، المصدر السابق (١/٣٣٩)؛ ود. غنى حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (١/٣٠٨)؛ ود. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني ص (٨٣)؛ والأساتذة: الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام ص (١/١٢٩).

(٢) مورانديه، المصدر السابق بند (٢٧٦ ـ ٢٧٨).

تتضمن المادة (٣) من قانون ديسمبر ١٩٧٢ الجزء الرئيسي عن تحريك الحماية بواسطة حق مهلة التفكير والرجوع لمدة سبعة أيام في حالة البيع بواسطة الدعاية المنزلية أي حينما يتعرض لتعسفات مندوب الدعاية المنزلية»[١]. ولذلك كان مع موراندیه الحقُّ حينما قال: «إن الإرادة الخاصة لم تعد هي السائدة سيادة مطلقة في نشأة العقود وآثارها، لأن هناك ضوابط اجتماعية، ومقتضيات للسياسة الاقتصادية الموجهة، ولـذلـك يزداد شعور الأفـراد برقابة القانون والحكومة، ويزداد مجال النظام العام يوماً بعد يوم، وتتعدد بذلك أسباب البطلان. . .»[٢].

ومع ذلك فلا يزال المبدأ السائد في القوانين الحديثة: ـ المصري والفرنسي والعراقي وغيرها ـ هو الحرية التعاقدية، فهذا المبدأ ثابت في القانون الفرنسي بالفقرة الأولى من المادة (١١٣٤ م. ف) حيث نصت على أن «الاتفاقات المعقودة تحل محل القوانين للذين عقدوها» بل هو الذي يسود كافة القوانين، واللوائح المنظمة للعقود فلا تزال القاعدة العامة هي أن الأفراد يستطيعون التعاقد وفق إرادتهم، وأن يرتبوا بحريتهم الآثار التي تترتب عليه، وأنهم يرتبطون بعقودهم كما يلتزمون بالقانون، فالمدين لا يستطيع أن يتخلى عن التزامه إلا برضا الدائن، فنقض الاتفاق لا بد من رضاء الأطراف كالعقد نفسه (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ م. ف).

ومن هنا فالقاضي مهما شعر بصعوبة موقف المدين إلا أنه لا يستطيع أن يعدل من الآثار التي ارتضاها أطراف العقد[٣]، فقد أبت محكمة النقض الفرنسية في ١٨٧٦/٣/٦ أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر الميلادي كان يتعلق بالاتفاق على أن تروي مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد تغير الظروف الاقتصادية تافهاً جداً[٤]. غير أن ظروف الحرب ولا سيما الحرب العالمية الأولى قد

(١) جان ـ بيير بيزو، تقدمة تشريعية في موضوع حماية الرضاء على ضوء قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ الخاص بحماية المستهلك. بحث منشور في مجلة الثلاثة الشهور للقانون المدني السنة ٧٥ ـ يناير مارس ١١٧٦ ص (٧٢، ٧٨).

(٢) موراندیه، المصدر السابق بند (٢٧٨).

(٣) موراندیه، المصدر السابق بند (٢٧٥).

(٤) المذكور هذا الحكم في سيريه ١٩٥٦ ـ ١ ـ ١٢٩. وهناك أحكام أخرى رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة منها نقض فرنسي في ١٩٠٧/٦/١٧ ـ سيريه ١٩١٨ ـ ١ ـ ١٠٩؛ وفي ١٩٢١/٦/٦ سيريه ١٩٢١ ـ ١ ـ ١٩٣. المشار إليها في د. السنهوري، الوسيط (٨٥٩/١).

يراجع في تفصيل هذه المسألة: د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٨ ص (١٥٥).

خلفت مشاكل وتغييراً في الأوضاع الاقتصادية تغييراً جذرياً أدى إلى أن يقر مجلس الدولة الفرنسي في ١٩١٦/٦/٣٠ بأثر الظروف الاستثنائية في تعديل العقد مع السعر الجديد، ثم صدرت عدة أحكام إدارية برفع الأسعار لمثل هذه الشركات، ثم طبقت في غير أوقات الحرب على بعض العقود وعلى الأخص في عقود التوريد والمقاولات[١].

وأما القانون المدني المصري فقد أقر هذا المبدأ في صلب مواده حيث تنص الفقرة الأولى من مادته (١٤٧) على أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون». فهذه هي القاعدة العامة التي تقضي بكون العقد شريعة المتعاقدين، وبإلزامهما بما يرد فيه متى وقع صحيحاً، ويترتب عليها عدم جواز التدخل فيه سواء كان من أحدهما، أو من القاضي ولا في آثاره لا بالنقض، ولا بالتعديل إلا باتفاقهما، وهذا ما أكدته المادة (١٤٨ م.م) حيث تنص في فقرتها الأولى على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». ونصت في فقرتها الثانية على أنه: «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

غير أن القانون المصري الحالي قد استحدث حكمين في غاية الأهمية استثناء على تلك القاعدة العامة، وهما مبدأ طروء الحوادث الاستثنائية ومبدأ العقد عن طريق الإذعان حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧ م.م) نفسها على أنه: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي... ـ وإن لم يصبح مستحيلاً ـ صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وهذه النظرية لا شك أنها تلبي حاجة ملحة، وتستهدف تحقيق العدالة، غير أنها ـ إذا أطلقت ـ قد تعرض العملية التعاقدية للقلقلة والاضطراب، كما أنها تجعل العقد خاضعاً لسلطة القاضي، وهذا لا يتفق والتشريعات الحديثة التي اعتنقت مبدأ

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد ص (٩٨) وما بعدها؛ ود. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٨ ص (١٥٥)؛ ود. السنهوري، الوسيط (٨٥١/١...)؛ وبلانيول وربيير، المصدر السابق (١١٠/٦، ١٤٠)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٤٦١ ـ ٤٦٢).

الحرية التعاقدية، الذي يقضي بحصر دور القاضي في التفسير على ضوء النية المشتركة للطرفين، ولذلك وضع المشرع المصري في المادة السابقة لها ضوابط وشروطاً وأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها في تحديد الطارىء غير المتوقع وفي إعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه، فلم يترك تحديد الأمر الطارىء للقاضي يقدره تقديراً ذاتياً، بل وضع له شروطاً ثلاثة هي:

١ ـ أن يكون حدوث الأمر الطارىء الاستثنائي بعد صدور العقد وقبل تنفيذه.

٢ ـ وأن تكون هذه الحوادث الاستثنائية عامة كزلزال، أو حرب أو إضراب شل حركة الحياة، وتسعيرة لا يمكن تنفيذ العقد في ظلها إلا مع إرهاق، وكارتفاع باهظ أو نزول فاحش في الأسعار، وأن تكون هذه الحوادث ليس في الإمكان توقعها، ولا في الوسع دفعها، أما إذا كانت يمكن دفعها ببذل جهد معقول فإنها لا تدخل في هذه النظرية.

٣ ـ أن يؤدي تنفيذ الالتزام في ظل هذه الظروف إلى إرهاق المدين، لا إلى استحالة التنفيذ، وبذلك تختلف هذه النظرية عن نظرية الظروف القاهرة التي تفضي إلى استحالة التنفيذ وإلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا يتحمل الدائن تبعتها كاملةً، أما نظرية الحوادث الطارئة فلا يترتب عليها إلّا ردُّ الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته[1]. وهذا المعيار ـ أي الإرهاق ـ في هذه النظرية مرن يتغير بتغيير الظروف والأشخاص، فقد يكون الشيء مرهقاً لمدين دون آخر، وفي ظرف دون آخر، وإنما المهم هو أن يصل إلى حد يجعل تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، فإذا تحققت هذه الشروط فللقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن يقضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو بإنقاصه أو زيادة الالتزام المقابل له، أو بوقف تنفيذه حتى يزول الحادث الطارىء إذا كان مؤقتاً لا يتوقع دوامه كثيراً، لكنه ليس بوسعه فسخ العقد وإنهاؤه على عكس نظرية القوة القاهرة.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/٢٧٩)؛ ود. السنهوري، الوسيط (١/٨٥١)؛ ود. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص (٣١٩)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص (١/٢٢٤)؛ ود. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ص (١٣١١)؛ وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (١٢٠)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/٣٦٨)؛ ود. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق (١/٣٠٨).

ويراجع د. حسين عامر، المصدر السابق ص (٦٠...)؛ ود. الحكيم، المصدر السابق (١/٤٦٤).

ثم إن هذا الجزاء الذي قرره القانون من النظام العام فلا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالفه(١).

ثم إن هذه النظرية لا تطبق عادة إلا في العقود المستمرة التي يمتد تنفيذها لفترة من الزمن كعقود الإيجار، والعمل، والتوريد، والشركة، وهذا لا يعني أنها لا تطبق على العقود الفورية، بل تطبق عليها نادراً وفي الحالات التي يكون التنفيذ فيها على فترات كالاشتراك في صحيفة أو البيع بالتقسيط(٢).

والاستثناء الثاني هو عقود الإذعان حيث تنص المادة (١٢٩ م.م) على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» فهذا النص شرع لحماية المستهلك من الشروط الجائرة التعسفية التي تفرضها عادة شركات الاحتكار في الحاجات الأساسية التي لا يستغني عنها أحد بل يرضخ لتحقيقها نظراً لأهميتها، كالماء والنور (الكهرباء) ونحو ذلك فقد وضع المشرع أداة قوية في يد القاضي، وأعطاه سلطة تقديرية لا معقب على تقديره من المحاكم العليا للكشف عن الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وتعديلها بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن عنه. وهذا الجزاء أيضاً من النظام العام الذي لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التخلص منه، بل يبطل كل اتفاق يخالف ذلك بحكم القانون(٣).

ولا يختلف حكم هذين الاستثناءين في القانون العراقي عن القانون المصري حيث نص في الفقرة الأولى من مادته (١٤٦ م. ع) على أن العقد: «إذا نفذ كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلاّ بمقتضى نص في القانون، أو بالتراضي». ثم نص في فقرتها الثانية على استثناء الحوادث الاستثنائية حيث ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك(٤). ونص في الفقرة الأولى من مادته (١٦٧ م.ع) على أن «القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة». ونص في فقرتها الثانية على أنه:

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٨٥٩)؛ ود. حسين عامر، المصدر السابق ص (٧٣).

(٣) يراجع: المصادر السابقة.

(٤) ويراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (١/٣٣٩)؛ ود. حسن الذنون، المصدر السابق ص (٨٧)؛ والأساتذة الحكيم والبكري والبشير، المصدر السابق (١/١٥٢).

«إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو تعفي الطرف المذعن عنها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»[1].

وقد ثار النقاش في الفقه الفرنسي حول طبيعة عقود الإذعان، فيرى بعض الفقه[2] أنها أقرب إلى كونها نظاماً، أو تنظيماً لائحياً منـه إلى العقود حيث إنها قد استبعد فيها المناقشة بين الطرفين، حيث تعد لائحة يفرغ فيها أحد الطرفين جميع الشروط المطلوبة، ويقدمها للآخر ـ أو على شكل آخر ـ فمثلاً نحن لا نناقش في ثمن تذكرة الطائرة، أو القطار ونحوهما، ولا نناقش ما في ورقة التأمين من شروط، كما أن مبنى التعاقد على تساوي الطرفين في حين أنهما ليسا على قدم المساواة في عقود الإذعان ويرى بعض آخر[3] أن هذه العقود تعتبر عقوداً منفردة تعبر في الواقع عن إرادة طرف واحد يملي إرادته ـ بناء على ترتيب لائحي ـ على الطرف الآخر الذي ليس له في هذا العقد إلا دور سلبي، في حين يرى فريق ثالث[4] أنها لا تخرج عن كونها عقوداً حقيقية، وذلك لتحقق التراضي فيها، وأن الطرف الثاني يدخل فيها برضاه دون جبر أو إلزام حيث إن بوسعه أن لا يدخل فيها، والقانون لا يشترط في تحقق العقود وجود مناقشة حرة، ولا مفاوضات مطولة، كما أنه لا يسلم عدم وجود التساوي بينهما، إذ المساواة القانونية متحققة وهي تكفي لصحة العقد، كما أن القانون يتدخل في الشروط لصالح الطرف الثاني بجعل كفته تتساوى مع كفة الطرف الأول، من خلال تدخل المحكمة بتعديل الشروط إذا كانت تعسفية[5].

فالمبدأ الذي يسود تنفيذ العقود وشروطها في التشريعات الحديثة هو مبدأ حسن

---

(١) يراجع: د. حسن الذنون، المصدر السابق ص (١٠١).

(٢) مثل (Hauriou) في كتابه: Principes du droit Public P. 206.

المشار إليه في جوسران، المصدر السابق بند (٣٢).

(٣) مثل (Duguit) في كتابه:

Traite de droit Constitionnel 3 ed t. 1. P. 371.

المشار إليه في جوسران، المصدر السابق نفسه.

(٤) جوسران، المصدر السابق ص (٢٠)، وهذا رأي الأكثرية. ويراجع بلانيول وريبير، المصدر السابق (١١٣/٦)؛ وشيفاليه، المصدر السابق ص (٧٨/٦٥).

(٥) المصادر السابقة.

النية بعدما نبذت حرفية التنفيذ التي كانت تسود نوعاً من العقود في القانون الروماني[1]، وانطلقا من هذا المبدأ قرر القضاء الفرنسي أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن[2]، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها[3]، يقول بلانيول وريبير: «إن القضاء الفرنسي طبقاً لنص المادة (١١٥٦ م. ف) يبحث عن النية المشتركة للأطراف دون أن يتوقف على المعنى الحرفي للألفاظ..»[4].

ويؤثر حسن النية أيضاً في إنظار المدين وعدمه حيث تقضي المادة (٣٤٦ م.م) بمنح المدين حسن النية نظرة إلى الميسرة في حين يلزم المدين في المسؤولية العقدية ـ على ضوء المادة (٢٢١ م.م) ـ بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان سيء النية بأن ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. ويظهر رعاية حسن النية في عقود الشركة (المادة ٥٣٠، ٥٣١ م.م، والمادة ١٨٧١ م.ف) والتأمين ونحوهما[5].

ونحن هنا لسنا بصدد الخوض في تفاصيل هذه النظريات والمبادىء[6]، وإنما ينصب بحثنا على مدى الحرية التعاقدية ـ كمبدأ ـ من حيث ترتيب الآثار، والشروط ـ فبالنسبة لترتيب الآثار فالقاعدة في التشريعات الحديثة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فعلى هذا تكون آثار العقد ناشئة عن الإرادة والاتفاق، وأن الاتفاق يكون مثل القانون

---

(١) فقد كان القانون الروماني يقسم العقود بهذا الخصوص إلى نوعين: عقود حرفية التنفيذ، وعقود رائدها حسن النية. انظر: د. السنهوري، الوسيط (٨٤٨/١)؛ ود. شفيق شحاته، المصدر السابق ص (٣٦٣).

(٢) نقض فرنسي في ١٩٢٥/١/١٩، مذكور في داللوز الأسبوعي ١٩٢٥ ص (٧٧)، ومشار إليه في د. السنهوري، الوسيط (٨٤٩/١).

(٣) نقض فرنسي في ١١٨٧/٧/٣١، مذكور في سيريه ١٨٨٧ ـ ١ ـ ٤٢٠، ومشار إليه في د. السنهوري، الوسيط (٨٤٩/١).

(٤) بلانيول وريبير، المصدر السابق (١٣/٦ بند ١٠٣).

(٥) د. السنهوري، الوسيط (٨٤٩/١ ـ ٨٥٠).

(٦) يراجع فيما يتعلق بنظريات الظروف الطارئة، والقوة القاهرة: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد ص (١٦) وما بعدها؛ ود. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، سيادة القانون، حالة الضرورة القوانين الاستثنائية؛ ود. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، ط. القاهرة ١٩٧٤؛ والمصادر السابقة.

في قوة الإنشاء والإلغاء، ووجوب سيطرة حسن النية في تنفيذ الاتفاقات[1].

غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها حتى في التشريعات الحديثة، بل لا تعني - كما يقول مارسيل - إلا فكرة القوة الجبرية للعقد[2]، وإلا فالقانون يستطيع إلغاء قانون آخر في حين أن الاتفاق لا يمكنه أن يتعارض مع القواعد القانونية المعتبرة في النظام (المادة ١٣٥ م.م) و(المادة ١٣٢ م.ع، والمادة ٦ م.ف) وقد سبق آنفاً أن ذكرنا أنه ليس بوسع العاقدين في القانون المصري الاتفاق على تفادي آثار طروء الحوادث الاستثنائية، أو الشروط التعسفية في عقود الإذعان وكذلك يختلف العقد عن القانون في أن الأخير منح حق تفسيره لمحكمة النقض في حين أن تفسير العقود مسألة موضوعية تختص بها محكمة الموضوع، ولا تخضع لرقابة محكمة النقض[3]. وفي مجال إلغاء الاتفاق فهو وإن كان يتم برضاء الأطراف كقاعدة عامة لكن هناك بعض العقود لا يستطيع أطرافُها إلغاءها إلا في حالات معينة ينص عليها القانون - كزواج المسيحيين -، كما أن ثمة بعض عقود تحل بإرادة واحدة كالحق المخول لأحد طرفي عقد العمل الفردي المبرم لمدة غير محددة (المادة ٢١ من قانون عقد العمل الفردي رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ المعدل)[4]، وكعقد الوكالة (المادة ٧١٥ م.م) حيث للموكل الحق وحده في إنهاء العقد إلا إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل، أو الأجنبي، وكذلك يجوز للوكيل أن ينزل عنها مطلقاً (٧١٦ م.م)[5].

فعلى هذا فالعقد إنما يكون شريعة المتعاقدين إذا أجرى في الحدود التي يبيحها القانون له، فهو يخضع في تكوينـه، وانعقاده وشكله وشروط صحته، وآثاره للقانون الذي يسري وقت إبرامه، فعلى هذا يمكن القول أن القانون لا يكون بمعزل عن التعاقد، بل يسيطر عليه تبعاً لمدى النزعة التي تسوده فكلما كانت النزعة فردية كان سلطان القانون أقل، وكلما كانت جماعية أو اشتراكية يكون سلطانه أوسع، لكن الاتفاق في كل الأحوال لم يكن مطلقاً عن تقييد، فلم يُرَ خُلوهُ عن قيد النظام العام في

---

(١) د. حسين عامر، المصدر السابق ص (١٥).

(٢) مارسيل، المصدر السابق بند (٤٤٣) وما بعده.

(٣) مارسيل، المصدر السابق بند (٤٤٣)؛ ود. حسين عامر، المصدر السابق ص (١٦).

(٤) يراجع في تفصيل ما يتعلق بعقد العمل في هذا القانون والتشريعات المعدلة له: د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط. لجنة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٥٦.

(٥) المصادر السابقة؛ ود. عبد الرازق حسن فرج، المصدر السابق (١/٣٠٦).

أي وقت من الأوقات[١]. يقول مارسيل: «هذا الاحترام للعقد قد انتهى اليوم. . . حتى أصبح المشرع أكثر جرأة حيث منح القاضي - ببعض الشروط - حق إيقاف الالتزام، وتعطيله، أو المدّ والتأجيل، أو حق فسخ العقد، أو تغيير شروطه. . .»[٢].

وعلى الرغم من أن مبدأ الحرية التعاقدية يقضي بأن يقف دور القاضي عند تفسير العقد على ضوء النية المشتركة للمتعاقدين، ومع ذلك فقد رأينا أن القانون قد أعطاه الحق في تعديل العقد وشروطه، والإعفاء من بعض المسؤوليات التعاقدية - كما في نظرية الظروف الطارئة، والقوة القاهرة وعقود الإذعان -، بل قد يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك (المادة ٢/١٥٧ م.م) كما أن له في حالة الاستغلال - طبقاً للمادة (١٢٩ م.م) - أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد إذا طلب ذلك، وغير ذلك[٣].

وأياً ما كان فالعقد إذا توفرت فيه أركانه وشروطه فقد ترتبت عليه آثاره، ووجب على أطراف الاتفاق الوفاء بالالتزام الذي رتبوه على أنفسهم بإراداتهم المحضة، وأن جميع آثار العقد تنصرف إليهم لا تفرض عليها قيود ولا توضع لها حدود، فعلى هذا فما دامت الآثار ناشئة من إرادتهم، ومنصرفة إليهم وحدهم فإن بوسعهم التصرف في هذه الآثار بالتقييد، والتوسع فيما لم ينص عليه القانون، وبعبارة أخرى فلهم الحق في تعديل آثار العقد ما لم يصطدم مع نص يحظر عليهم التدخل في حدوده ونحن نذكر بعض ما يتعلق بهذه الاتفاقات بشيء من الإيجاز كالآتي:

أولاً: الاتفاق على رفع المسؤولية العقدية، وذلك بأن يتنازل أحد العاقدين عن حقه في التعويض قبل العاقد الآخر عما يلحقه من ضرر نتيجة إخلال هذا الأخير بالتزامه الناشىء عن العقد القائم بينهما ويلحق هذا الاتفاق في العادة بالعقد، ويكون جزءاً منه حتى يطلق عليه بند رفع المسؤولية[٤].

---

(١) د. حسين عامر، المصدر السابق ص (١٦).

(٢) مارسيل، المصدر السابق بند (٤٤٥). وقال أيضاً (بند ٤٦٨): «إن عقد العمل هو العقد الذي تكون إجراءات الوقف فيه هي الأكثر عدداً، وتتخذ لصالح العمال الذين يستدعون إلى الخدمة العسكرية، أو أسرى الحرب، أو لصالح النساء في دور الولادة» ومثل لإجراءات المد - (البند ٤٦٩) - بإيجارات المساكن والمزارع.

(٣) د. حسين عامر، المصدر السابق ص (٥٤) وما بعدها.

(٤) يراجع: د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق (٣٨٧)؛ ومقال له بعنوان: اتفاقات المسؤولية، منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٠ العدد الثالث ص (٥٢١) وما بعدها؛ =

وعلى الرغم من أن هذا الاتفاق الذي انصب على رفع بعض آثار العقد تترتب عليه نتائج خطيرة لا ينحصر مداها في الدائن وحده بل يعدوه إلى الجماعة حيث إن من شأنه "التشجيع على التراخي في تنفيذ الالتزام التعاقدي، وزعزعة الثقة في الروابط التعاقدية غير أنه لا يخلو عن بعض الفوائد ولا سيما في العصر الحاضر الذي اتسع فيه نطاق المسؤولية على وجه يهدد بنشاط الأفراد، ويعرقل روح الإقدام عندهم، فإذا سمح لهم مثل هذا الاتفاق فإن الطريق يكون أمامهم ممهداً للإقدام على المشروعات الجريئة التي قد تعود بالنفع الكثير على الفرد والجماعة، بالإضافة إلى أن مبدأ الحرية التعاقدية يقتضي إطلاق الحريات في كل ما لا يصطدم مع نصوص القانون. فإذا كانت فكرة الالتزام المدني تتنافى مع قيام الالتزام وبراءة الذمة، فإن فكرة اتفاق رفع المسؤولية تقيم وضعاً وسطاً يكون فيه الشخص ملتزماً لكنه لا يكون مسؤولاً أمام الدائن عن عدم الوفاء بالتزامه فيتسنى بذلك التخلص من المطالبة بالتعويض جراء الإخلال به[1].

ومن الجدير بالذكر أن القانون الفرنسي، والقانون المصري القديم لم يتضمنا نصوصاً حول اتفاق رفع المسؤولية العقدية غير أن الفقه والقضاء فيهما أخيراً قد سلما بصحته في حدود الخطأ اليسير، دون الجسيم والغش[2].

وأما القانون المصري الحالي قد تناول أحكامه في الفقرة الثانية من المادة (٢١٧ م.م) حيث نصت على أنه: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو من خطأه

= ومازو، دروس في نظرية الالتزام (جـ٢ بند ٦٣٩)؛ وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/ ٦٧٠).

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة وبالأخص مقالة الأستاذ محمود جمال الدين زكي السابقة الإشارة إليها، فقد كان القضاء الفرنسي خلال الجزء الأكبر من القرن التاسع عشر يقضي ببطلان الاتفاق على رفع المسؤولية العقدية بناء على أن ذلك غير مشروع في نظره، ثم اعترف بصحة هذا الاتفاق لكنه لا يرتب عليه سوى أثر محدود ثم بعد أن وجه إليه من الفقه انتقادات عنيفة عدل عن هذا، وأصبحت المحاكم ترتب على اتفاق الإعفاء أثره كاملاً وفقاً لما أراده طرفاه، وهو إعفاء المدين من التعويض وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في ١٩٤٨/٨/٣ - (مذكور في داللوز ١٩٤٨ ص ٥٣٦)، غير أنها مع ذلك تعترف بصحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية إذا كان الإخلال راجعاً إلى غش، أو خطأ جسيم. يراجع المصادر السابقة ولا سيما: مازو، المصدر السابق (٢/ بند ٩٣٩) وما بعده.

الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». فقد أشارت هذه الفقرة إلى التفرقة بين أخطاء المدين، وأخطاء مساعديه حيث أجازت الاتفاق على الإعفاء من مسؤولية خطأ مساعديه أياً كانت جسامته حتى ولو وقع منهم غش في حين قصر صحة الاتفاق بالنسبة للعاقد على الخطأ اليسير، فعلى هذا يكون الاتفاق باطلاً إذا كان إخلاله بالتزامه يرجع إلى غش، أو خطأ جسيم منه[١].

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للتعليق على هذه المادة: «ليست أحكام المادة إلا تنفيذاً للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن... فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسؤولية التعاقدية كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أياً كانت درجة الخطأ ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً لمخالفته للنظام العام على أن ذلك لا ينفي جواز التأمين على الخطأ ولو كان جسيماً بل وفي نطاق المسؤولية التقصيرية ذاتها، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش، كما أن للأفراد أن يتفقوا على الاعفاء بل وعن الغش الواقع من هؤلاء سواء كانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية»[٢].

ثانياً: الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية، وذلك كالاتفاق على تخفيف التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه بأن يحدد فيه التعويض بنسبة معينة من الضرر الذي لحق الدائن كالنصف، والثلث، أو قدر معين منه دون الباقي مثل أن يتفق في عقد النقل البحري على قصر التعويض على ثمن البضائع في ميناء الشحن مثلاً، أو على ثمنها فقط دون تعويضات أخرى، أو أن يعين مبلغاً أقصى لا يتجاوزه التعويض مهما كان قدر الخسارة التي نشأت من خطأه[٣].

وهذا النوع من الاتفاق أقل خطورة من الاتفاق الأول ولذلك يدخل في مفهوم المادة (٢/٢١٧ م.م) بطريق أولى[٤].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (٥٥٣/٢). وقد ورد بهذا المعنى عدة أحكام قضائية منها نقض مدني في ٤/٤/ ١٩٦٨ مذكور في مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص (٩٠٨).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري (٥٥٣/٢).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) ديموج (جـ ٦ بند ٦٠٤)؛ والمصادر السابقة.

ثالثاً: الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢١٧ م.م) حيث تقول: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة». وأما القانون الفرنسي فلم ينظم أحكام هذا الاتفاق بخصوصها لكن الفقه الفرنسي يرى جواز الاتفاق على تعديل أثر القوة القاهرة بحيث لا يترتب على طروئها براءة ذمة المدين من التزامه[1].

والقانون العراقي كذلك لا يختلف عن نظيره المصري في هذه الاتفاقات فقد نص في مادته (٢٥٩ م.ع) على أنه:

١ ـ يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة.

٢ ـ وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه، أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه»[2].

وأما اشتراط ما يؤدي إلى الإعفاء مع المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع فهو باطل بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (٢١٧) من القانون المصري والفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) من القانون العراقي أيضاً.

رابعاً: اشتراط شروط أخرى سواء كانت تؤثر بالتخفيف أو بالتشديد أو بالزيادة، والنقصان كما في حالات الشرط الجزائي ونحوها، ونحن لسنا بصدد الخوض في تفاصيل هذه الشروط[3]، فكل ما يعنينا أن التشريعات الحديثة أطلقت الحرية في هذا النطاق، ولم تقيد ذلك إلا بالنظام العام والآداب، ومخالفة النصوص الخاصة. يقول الأستاذ السنهوري: «ففي الفقه الغربي كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً أو شرطاً يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب، فيلغو الشرط ويصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً فالفقه الغربي ـ

---

(١) ديموج (جـ ٦ بند ٦٠٤)؛ والمصادر السابقة.

(٢) ويراجع: د. الحكيم، المصدر السابق (٣٤٧/١)؛ والأساتذة الحكيم، والبكري، والبشير، المصدر السابق (١٦٤/١)؛ ود. حسن الذنون، المصدر السابق ص (١٠٦...).

(٣) يراجع لتفصيل أحكام الشروط: د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، ط. عالم الكتب سنة ١٩٨١؛ ود. عبد المحسن سعد الرويشد، رسالته الدكتوراه في حقوق القاهرة ١٤٠٤ هـ، بعنوان: الشرط الجزائي في العقود.

كما نرى ـ قد تحرر نهائياً من ربقة مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون»[1]. وهذا المبدأ هو ما قرره القانون العراقي اعتماداً على مذهب الحنابلة واقتباساً من المجلة (المادة ١٨٦ ـ ١٨٩) في مادته (١٣١ م. ع) حيث تنص على أنه:

«١ ـ يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

٢ ـ كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين، أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً، أو مخالفاً للنظام العام، أو الآداب. وإلا لغا الشرط، وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن المراد بالشرط هنا هو الشرط التقييدي وهو غير الشرط التعليقي. فهذا الأخير من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام». وقد أكد القضاء العراقي أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد لا أثر له، جاء ذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن المدعيين المميزين (أي الطاعنين) كانا قد باعا السيارة التي ادعيا ملكيتها إلى الشخص المدعو وهذا قد باع السيارة إلى الغير على الرغم من اشتراطهما عليه عدم بيعها قبل تسديد ثمنها كاملاً بموجب اشتراط تحريري بينهما[2].

والخلاصة أن التشريعات الحديثة وإن اعتنقت هذا المبدأ غير أنها قد أدخلت عليه كثيراً من القيود ـ كما سبق.

والقانون الإنجليزي ـ وإن كان لا يعتني بالنظريات العامة ومنها مبدأ الحرية التعاقدية غير أنه يعترف بأن العقد شريعة المتعاقدين لكن ليس على إطلاقه، يقول ولسون: «ولا ينبغي أن ينصرف الفهم أنه في غياب أقوال فعالة فإن القاعدة التي تسري دائماً هي أن «العقد شريعة المتعاقدين» في كل الظروف، فهناك اتفاقات معينة، وعقود يجوز فيها الإلزام بواجبات معينة»[3]. والقانون الإنجليزي يقر أن الواجبات التي يفرضها العقد هي الواجبات التي يلتزم بها أطراف العقد أنفسهم وليست واجبات يفرضها القانون وقد ضرب لنا (شيتي) مثلاً لهذا بقوله: «فلو أن الطرف المتعاقد (أ) قد

(١) مصادر الحق (٣/١٧٥).

(٢) المذكور هذا الحكم في القضاء المدني العراقي (١/١٢٤).

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (١٣٦)؛ وولستون، المصدر السابق بند (٤٩٨)، حيث أكد أن العقد شريعة المتعاقدين.

أضاره تقصير الطرف (ب) فالمقاضاة لا تتم إلا فيما يخصهما. . . ومع ذلك فهناك حدود لهذه الحرية في التعاقد، ولذلك لا يسوغ أن يتفق أطراف العقد على ما يحظره القانون وكذلك لا يجوز الاتفاق على عقد ملزم بدون النص على المقابل، أو أن يسجل»[1].

وقد تأثرت بعض القضايا الإنجليزية بفلسفة القرن التاسع عشر التي نادت بالحرية التعاقدية غير أنها ـ كما يقول شيتي ـ قد فقدت رونقها في العصر الحاضر، وأصبحت النظرية المعاصرة المستقرة لحرية التعاقد هي أن التعاقد يجب أن يكون معقولاً في أهدافه الاجتماعية، وإلى المدى الذي يحقق العدالة والمساواة بين أطراف العقد في الحقوق والواجبات، وبحيث لا تضار في النهاية المصالح الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، فمثلاً حرية العقد تصبح مجرد وهم إذا كان أحد الأطراف لا يسعه إلا الإذعان لمجموعة من الشروط اقترحها الطرف المقابل في العقد أو عليه إن لم يذعن أن يستغني عن البضائع أو الخدمات المعروضة[2].

فالعقود الموحدة (Standard contracts) ـ أي عقود الإذعان ـ كدفع الأجرة المحدد سعرها مسبقاً لهيئة السكة الحديد وقبول شروطها دون أي مناقشة لا يمكن القول بأنها تمت بحرية تعاقدية بل ذكر بعض الفقه أن تسميتها بالعقود تحميل للفظة العقد أكثر مما يحتمل[3]، ولذلك يتدخل التشريع وأحكام المحاكم لضمان مصالح الجمهور ورد الشروط التعسفية التي تتعارض مع مصلحة الجمهور. فعلى الرغم من قلة التشريع في النظام الأنجلو سكسوني لكنه مع ذلك فقد صدرت عدة قوانين في إنجلترا بخصوص عقود الإذعان مثل قانون نقل البضائع بالبحر لسنة ١٩٢٤، وقانون النقل الجوي لسنة ١٩٣٢، وقانون المالك والساكن لسنة ١٩٥٤، بل إن بعض القوانين تنص على أنه لا يجوز التعاقد على خلاف القواعد المقررة بالقانون، فمثلاً نصت المادة (٧٨) من قانون النقل الإنجليزي الصادر في ١٩٤٧ على أنه لا يجوز النص في العقود على الحد من مسؤولية شركات النقل ـ البري، أو السكة الحديد ـ في حالة الإصابات التي تلحق الراكب: وكذلك جرت المحاكم على رفض عدد من الشروط الواردة في العقود والتي عمد فيها الطرف القوي إلى إعفاء نفسه من مسؤولية[4]. يقول

(١) شيتي، المصدر السابق ص (١ ـ ٢).

(٢) شيتي، المصدر السابق ص (٣).

(٣) شيتي، المصدر السابق ص (٤)؛ وولسون، المصدر السابق ص (١٣٨).

(٤) ينظر: (Gower) مقالته بهذا الخصوص الواردة في مجلة M.L.R. للقانون العدد ١٧ ص (١٥٥) سنة ١٩٥٤.

شيتي: «وسوابق القـرن التاسع عشر كانت أيضاً تقوم على أساس عدم جواز الاعتداد بشروط الإعفاء من المسؤولية ما لم يكن أساس هذا الإعفاء معقولاً، وهذا ما سارت عليه المحاكم الأمريكية»(١). ويرجع أساس هذه القرارت إلى سوابق قضائية، وإلى قانون السكة الحديد والمرور لسنة ١٨٥٤ الذي أرسى مبدأ كون العقد «عادلاً ومعقولاً» كما أن المحاكم كانت على استعداد دائم لوضع مبدأ عدالة العقود ومعقوليتها حيز التنفيذ، وكانت تقضي لمصلحة الطرف الضعيف، ولا يزال هذا المبدأ له قـوته وتطبيقاته(٢).

وفيما عدا ذلك فإن القانون الإنجليزي يعتبر مبدأ احترام العقود والشروط أحد المبادىء الرئيسية نظراً لأنه يناسب احتياجات مجتمع تجاري فكانت القاعدة العامة هي: أن الطرف الذي يتعاقد بشروط مطلقة يظل ملتزماً بها بصرف النظر عن تغير الظروف بين وقت التعاقد ووقت التنفيذ(٣). وظل هذا المبدأ ركيزة أساسية في العقيدة القانونية الإنجليزية ولم يكن مجلس اللوردات يسمح بفسخ عقد عند العرض عليه إلا في ظروف أساسية قد حتمت الإلغاء، وكان يميل إلى إقرار العقود ويعتبرها أفضل تعبير لإرادة المتعاقدين(٤)، حتى ورد في قضية أن المحكمة ليس لها سلطة فسخ العقد(٥)، بل كثيراً ما كان يتردد في المحاكم أن وظيفتها هي تنفيذ العقود لا أن تقضي بأحكام تخالفها وأنها ـ على الرغم من سعيها لإقرار العدالة ـ إلا أنها لا تبلغ في بعد النظر ما لأطراف العقد أنفسهم، إذ هم أدرى بمصالحهم ثم صار الفهم العام للدور الذي تستطيع المحكمة أن تؤديه هو أن تستشف كفاءة الأداء العملي للعقد وتستهدف تحقيق عدالة العقد ومعقوليته(٦).

ومن هنا يقول شيتي: «ولذلك يمكن القول بأن القانون الإنجليزي كان أقل

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٤).

(٢) انظر على سبيل المثال قضية:

Brodley V. Carritt (1903) A.C. 253.

(٣) انظر قضية:

Paradine V. Jane (1947) Aleyn 26.

(٤) جاء ذلك في قضية:

Tomplin S.Co. Ltd V. Ang. - Mex. P. Co. Ltd. (1916) 2 A.C. 397, 404.

(٥) القضية السابقة نفسها.

(٦) شيتي، المصدر السابق ص (٥).

استعداداً لقبول أعذار يقصد بها عدم تنفيذ العقد عما يقضي به القانون الفرنسي، أو القانون الألماني»[1].

فالقانون الإنجليزي يحترم الشروط إلا الشـروط التعسفية في عقود الإذعان، وإلا الشروط اللاأخلاقية[2]، فقد استقر القضاء على أن العقد الذي يتضمن الشروط لا يتحقق بدونها، يقول ولسون: «استقر الرأي على أن ورود تحفظ في الاتفاق يتضمن عبارات مثل: «بشرط إعداد عقد رسمي والموافقة عليه» أو «بشروط العقد» أو «بشرط إعداد عقد سليم يعده محامي البائع» في هذه الحـالـة لا ينشأ ارتباط ملزم إلا باستبقاء الشرط المتفق عليه»[3]. ففي قضية[4] كان الاتفاق فيها مشروطاً بتبادل نسخ العقد، ثم أعد مشروع العقد، ووقع كل طرف نسخته في الاتفاق ثم رفض البائعون تبادل النسخ الموقعة وأعلنوا إلغاء البيع، فقضت المحكمة بأن العقد لم يكتمل، لأن التعامل في هذه الحالة يكون بتبادل صور العقد[5]، وكذلك يجوز بعد صدور قانون الملكية العقارية لسنة ١٨٤٥ م (المادة الخامسة منه) الاتفاق على حرمان المستأجرين، أو من لهم عقود إيجار مورثة حتى دون أن يكونوا طرفاً في العقود التي تحرمهم من هذه المزايا في الإيجار، أو المزايا الموروثة، ثم أدخل تعديل على المادة الخامسة منه بالمادة (١/٥٦) من قانون الملكية لسنة ١٩٢٥ التي تنص على جواز إفادة الغير من أي اتفاق، أو عقد[6].

كما أن القانون الإنجليزي يعترف بالآثار المترتبة على قاعدة: العقد شريعة المتعاقدين، وإن كان لم ينظمها كما هو المعهود في الفقه اللاتيني، فلا يغير العقد إلا عقد مثله، وأنه يجوز الاتفاق على انقضاء العقد، لكنه بموجب القانون العام لا يجوز أن يتم الاتفاق على نقض العقد بأقوال، بل تجب كتابته[7]، لكن المحاكم في العصر

---

(١) شيتي، المصدر السابق ص (٥).

(٢) ولستون، المصدر السابق ص (١٨) بند (١٩)، حيث ذكر أن القانون الأمريكي أيضاً قد استقر على هذا.

(٣) ولسون، المصدر السابق ص (٣٢).

(٤) قضية:

Eccles V. Bryant (1948) Ch. 93 at. P. 99.

(٥) من حيثيات القضية السابقة ص (٩٩).

(٦) شيتي، المصدر السابق ص (١٥) بند (٢٧).

(٧) قضية:

Kaye V. Waghorr (1809) 1 Taunt 428.

الحاضر تكتفي بالاتفاق على ذلك وإن كان مشافهة(١)، لكنه من القواعد المستقرة: أن أطراف العقود هم الذين يوافقون على شروطها، وأن المحاكم تتيح للأطراف حرية المساومة والتعاقد، وأنها تحاول دائماً أن تستشف نواياهم، ولكنها لن تضع العقد وشروطه عنهم، وبعبارة أخرى أن دور القاضي ينحصر في التفسير على ضوء النية المشتركة كقاعدة عامة.

وفي قضية(٢) يمكن أن نستشف منها حكم الظروف الطارئة نرى تكييف القضاء الإنجليزي لهذه المسألة، وهي أن المدعين قد أجروا عمارة ذات طوابق منذ عام (١٩٣٧) نظير (٢٥٠٠) جنيه في السنة وفي يناير سنة ١٩٤٠ وافق المدعون على خفض الإيجار إلى (١٢٥٠) جنيه سنوياً بسبب ظروف الحرب العالمية الثانية والتي صاحبت عدم الإقبال على السكنى لهجرة أهل لندن منها إلى الريف توقياً من الغارات الجوية وبدءاً من عام ١٩٤٥ بدأ الإقبال على شغل المساكن في المدينة مرة أخرى، ولكن المدعي عليهم ظلوا يدفعون قيمة الإيجار المخفض المتفق عليه في سنة ١٩٤٠، فطالب المدعون بكامل قيمة الإيجار اعتباراً من منتصف عام ١٩٤٥ فقضت المحكمة لصالح المدعين على أساس أن اتفاق ١٩٤٠ قد انتهى في وقت مبكر من عام ١٩٤٥، وكان من رأي قاضي المحكمة أن المدعين لو كانوا قد طالبوا بكامل قيمة الإيجار عن الفترة من ١٩٤٠ إلى ١٩٤٥ لرفضت المحكمة طلباتهم(٣). فعلى هذا فقد كيفت المحكمة كون الاتفاق الذي أتى بعد انعقاد العقد ملزماً، وأخذت من ظروف الحروب القرينة على أن هذا الاتفاق خاص بظروف الحرب بحيث إذا انتهت ينتهي ما بني عليه، وهذا الحكم قريب من الأحكام الخاصة بالظروف الاستثنائية في الفقه الفرنسي غير أن القانون الإنجليزي ـ كمبدأ ـ لا يعتد بالوعد والاتفاق والشروط إذا لم يكن هناك مقابل(٤).

خاتمة الفصل الثاني في الموازنة والتحليل:

اعتد الفقه الإسلامي بالرضا اعتداداً كبيراً حتى جعله ضابطاً لحل الأموال

---

(١) قضية:

Berry V. Berr (1927) 2K.B. 316.

(٢) قضية:

Central London Property Trust Ltd. V. High Trees Honse Ltd (1947) K.B. 130.

(٣) من حيثيات القضية السابقة.

(٤) شيتي، المصدر السابق ص (٧١) بند (١٣٩).

بالإجماع، ولم يقتصر على إعطائه هذا الدور فقط، بل جعله الجمهور ركناً للعقود المالية وغيرها، في حين انطلق الحنفية من نظرتهم المادية إلى العقود فجعلوه شرطاً لصحة العقود المالية فقط، ولم يجعلوه شرطاً للعقود التي تقبل الفسخ في نظرهم، وإنما جعلوا العبارة هو الركن الوحيد للعقود مطلقاً، وأما القوانين الوضعية فالقانون الروماني قد حالت شكليته دون أن يعطي للرضا أي دور يذكر، حيث ظلت هي الأساس والمبدأ طوال جميع عصوره، في حين نبذت التشريعات الحديثة ـ الفرنسي، والمصري، والعراقي، ونحوها ـ هذه الشكلية، واحتضنت الرضائية، وجعلت التراضي أحد أركان العقود بجانب المحل والسبب، أو السبب فقط، أو ركنها الوحيد ـ حسب نظرات الفقه ـ وأما القانون الإنجليزي فقد جعل الاتفاق (التراضي) ركناً للعقود بالإضافة إلى المقابل أو الشكل. ومن هنا يظهر لنا مدى البعد في الأفكار بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، ومدى القرب ـ كقاعدة ـ بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي الحديث ـ مع الاختلاف في طبيعة كل منهما من حيث المصدر والأسلوب والعلاج.

وفي نطاق إنشاء الأثر سواء كان للرضا المنفرد، أو الرضا المزدوج فإن الفقه الإسلامي ينظر إلى الآثار باعتبارها آثاراً شرعية رتبها الشارع على الأسباب الظاهرة، فهذا التكييف في الفقه الإسلامي نابع من الصبغة الدينية التي تسوده، لكنه مع ذلك لن يقف عائقاً أمام حرية الإنسان في إنشاء العقود، وذلك لأن له الحرية التامة في اختيار الأسباب، فالآثار وإن كانت شرعية، لكن أسبابها اختيارية، وقد أعطى الفقه الإسلامي القوة للرضا المنفرد، والتراضي في إنشاء العقود ما دامت غير محرمة بنص شرعي خاص، وقد وجدنا نطاقاً واسعاً ومكاناً خصباً للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ولا سيما الفقه المالكي ـ انطلاقاً من أن لفظ «العقد» الوارد الأمرُ بالوفاء به في الآيات والأحاديث شامل لما يتم بإرادة واحدة أو بإرادتين، ومن هنا اكتسبت العقود ـ بهذا المعنى العام ـ قوتها من نص الشارع فليس هناك فرق ـ من حيث الإلزام ـ بين ما تم بإرادة واحدة أو بإرادتين، إلا ما يعود إلى طبيعة كل واحدة منهما من بعض الخصوص واشتراط بعض شروط في إحداهما دون الأخرى، فميدان الإرادة المنفردة أوسع بكثير مما عليه الفقه الوضعي الحديث حيث إن هناك بعض تصرفات تتم بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي، في حين لا تتم على ضوء الفقه الوضعي إلا بإرادتين، ثم إن تجويز الفقه الإسلامي تولي الشخص الواحد طرفي العقد سواء كان طرفاً أصيلاً فيه أم وكيلاً عن الطرفين إن دل على شيء فإنما يدل على مدى تطور هذا الفقه وتقدمه ومرونته، وتجاوزه كل مراحل الشكلية، والنزعات الذاتية المحضة التي كانت تسود القانون

الروماني بل الفقه الغربي عموماً.

وأما القانون الروماني فلم يعترف بقوة التراضي في الإنشاء فضلاً عن أن يعترف بقوة رضا منفرد، وكذلك لم تظهر قوة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام في القانون الفرنسي القديم ولا في فقهه التقليدي، وإنما ظهرت في القرن التاسع عشر بفضل الأفكار الفلسفية ولا سيما فلسفة (كانت) ثم تبناها فقهاء الألمان حتى تكونت على أيديهم نظرية متكاملة لها، ثم دخلت إلى فرنسا عن طريق ورمز، وسالي، ومع ذلك عارضهما جمهور الفقه وأما القانون المصري الحالي، والقانون العراقي فقد اعتدا بالإرادة المنفردة في بعض الحالات استثناء، في حين أن القانون الإنجليزي انطلاقاً من عدم اهتمامه بالنظرية العامة للالتزامات ـ لم يعتد بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً للالتزامات ولا كاستثناء فلا يعرف الإيجاب الملزم حتى ولو كان مقترناً بأجل، لكن الفقه الإنجليزي قدم عدة حلول واقتراحات بهذا الخصوص، كما أن القضاء عالج مسألة العرض للجمهور باعتباره عقداً يتضمن إيجاباً موجهاً يعقبه قبول، ولذلك اشترط ـ كقاعدة عامة ـ أن يكون العامل قد قام بعمله بناء على علمه بالعرض وإلّا فلا يستحق الجائزة ومن هنا يختلف القانون الإنجليزي عن بقية القوانين، فلا غرو فلكل قانون منهجه الخاص في التفكير والحلول، ولكنه مع ذلك يظهر لنا مدى تطور الفقه الإسلامي ومرونته، وسبقه في الأفكار، وعدم تأثره بأي فكر سابق.

وأما الرضا المزدوج (التراضي) فقدرته على الإنشاء محل اتفاق في التشريعات الحديثة على عكس القانون الروماني.

وقد اخترع جمهور الفقه الإسلامي نظرية مجلس التعاقد التي لم يكن الفقه الغربي قد اهتدى إليها، وأولاها عناية فائقة سواء كان بالنسبة للتعاقد بين الغائبين، أو الحاضرين، وقد اختار الفقه الإسلامي نظرية الإعلان مطلقاً في حين توزع الفقه الحديث على نظريات متعددة، فالفقه السائد في فرنسا الذي استقر منذ فترة طويلة هو الاعتداد بنظرية العلم بالقبول، لكن بعض الآراء الحديثة تتجه الآن نحو الاعتداد بنظرية الإعلان عن القبول.

وأما القانون المصري الحالي فقد حسم هذا الموقف لصالح نظرية العلم بالقبول، وكذلك فعل القانون العراقي وأما القضاء الإنجليزي فقد اختار في الغالب نظرية تصدير القبول إذا كان التعاقد عبر البريد وإلا فنظرية العلم بالقبول، وقد بينا ميزات نظرية الإعلان عن القبول بما تقتضي ترجيحها.

ثم إن القوانين الحديثة على الرغم من أنها اعتنقت مبدأ الرضائية وجعلته القاعـدة العامة التي تسودها لكن ذلك لم يمنعها من أن تعترف ببعض عقود شكلية نظراً لخطورتها، ولا سيما العقود التي تتعلق بالعقار وغيره، في حين أن الفقه الإسلامي لم يعترف بأي شكلية سواء كان المعقود عليه عقاراً أو غيره.

وفي نطاق الحرية التعاقدية فإن التشريعات الحديثة قد أطلقت فيها الحرية نظراً للنظرة التي ينبثق منها كل تشريع لكنها جميعاً قد قيدت ذلك بأن لا تتعارض مع النظام العام والآداب، ولا يخفى أن هذا المفهوم يتسم بمرونة حيث يقبل التوسع والتضيق. والفقه الإسلامي لم تمنعه جعلية الآثار في أن تعطي الرضا حرية في هذا المضمار، ومن هنا فالاتجاه السائد فيه ـ أي عدا الظاهرية ـ يرى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة لا الحظر. إلا ما دل دليل خاص على حرمته ومن هنا يقترب الفقه الوضعي الحديث عن الفقه الإسلامي في أن القاعدة العامة فيهما هو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، لكن الفقه الوضعي استثنى منها ما يخالف النظام العام، والفقه الإسلامي استثنى منها ما خالف الدليل الشـرعي، ولا يخفى أن نطاق كـل من المفهومين: النظام العام، ومخالفة الدليل الشرعي ـ يختلف من حيث الأساس والنظرة في كلا الفقهين، فالفقه الإسلامي الذي يعالج القضايا الدينية والدنيوية يجعل نطاق المحرم أكثر من الفقه الوضعي الذي يتعلق بالدنيا فقط.

* * *

الفصل الثالث

التوازن بين الرضا (الباطن) ودليله

تمهيد:

لا شك أن هناك أمرين في هذا الخصوص الرضا الحقيقي (الإرادة الباطنة) والتعبير (الإرادة الظاهرة) فمن المسلم به عند الجميع أن الرضا الباطن دفين القلب لا يظهر إلا من حيث الآثار والدلائل فلا أحد ينكر أنه ليس بوسع الإنسان أن يطلع على ما يجول بخاطر الآخر فلا يمكن إذن الاعتماد على هذا الباطن فقط في العقود التي هي نظام اجتماعي يعتمد على الظاهر والتداول، وكذلك ليس من المعقول في التشريعات الحديثة الاعتماد الكامل على التعبير دون أي اعتناء بالرضا الباطن، فلا يوجد تقنين في عصرنا الحاضر يعتد بالرضا الباطن إلى حد يلغي فيه التعبير، وكذلك لا يوجد تقنين يعتد بالتعبير فقط اعتداداً يؤدي إلى إلغاء الرضا الباطن، ومن هنا فالتشريعات الحديثة يمتاز بعضها عن الآخر بمدى الاعتداد بجانب أكثر من اعتداده من الجانب الآخر، ونحن هنا نذكر آراء الفقه الإسلامي والتشريعات الحديثة حول هذا الموضوع في مبحثين، ثم نتبعهما بالموازنة والتحليل.

المبحث الأول
التوازن بين الرضا (الباطن) ودليله في الفقه الإسلامي

يتطلب الكلام عن هذا الموضوع في الفقه الإسلامي البحث عن مدى الاعتداد بالرضا (الباطن) أو بالتعبير عند اختلافهما وافتراقهما وعن مدى الاعتداد بالعقود والنيات والبواعث غير المشروعة، ثم كيف استطاع هذا الفقه تحقيق التوازن وبالتالي الاستقرار والعدل؟ ولذلك يتوزع هذا المبحث على ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

مدى الاعتداد بالرضا (الباطن) أو التعبير عند اختلافهما

يتحقق هذا الاختلاف بينهما في أوضح صورة عندما يكون المعبر عن العقد لا يتمتع بالأهلية الكاملة، فإذا كان فاقدَ الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز والنائم ونحوهم فإن الرضا (الباطن) قد أصبح معدوماً نظراً لعدم وجود القصد والتمييز، وقد سبق أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يعتد بتعبير هؤلاء وأنه لا يترتب عليه أي أثر، وأما إن كان ناقص الأهلية كالصبي المميز ونحوه فقد ثار في أحكام تعبيراتهم بالعقود خلاف بين الفقهاء سبق أن ذكرناه لكن الرأي الراجح هو الاعتداد بتعبيراتهم إذا كان فيها مصلحة محققة[1].

وأما إذا كان الاختلاف بين التعبير والرضا راجعاً إلى أمور خارجة عن الأهلية بأن كان المعبر مكرهاً، أو سكراناً، أو واقعاً في غلط، أو تدليس، فإن ذلك أيضاً مثار خلاف لكن الرأي الراجح في ذلك هو أن العقد حينئذ يكون لاغياً لعدم وجود الرضا الحقيقي بصورة واضحة[2].

وأما إذا كان المعبر لا يقصد بتعبيره إنشاء الأثر كما هو الحال بالنسبة للهازل، فإن عقوده التي لا تقبل الفسخ كالطلاق ونحوه تنفذ لدليل خاص وأما عقوده المالية فمثار خلاف بين الفقهاء لكن الرأي الراجح هو عدم انعقادها، وقد يعود سبب الاختلاف إلى أن المعبر يريد التمثيل والتقليد، أو التعليم، فلا يترتب على هذا التعبير أي أثر قانوني، أو يريد إخفاء الحقيقة لخوف من الظالم كالتلجئة (الصورية) ونحوها وقد سبق كل ما يتعلق بهذه المسائل فلا داعي لتكرارها[3].

والخلاصة: أن الفقه الإسلامي ـ كمبدأ عام ـ إذا ثبت لديه بدليل واضح عدم وجود القصد والرضا فإن التعبير في نطاق العقود ولا سيما المالية يكون لاغياً أو فاسداً. كما أن الفقه الإسلامي لا يرتب الأحكام إلا على ما هو دليل لهذا الرضا من قول، أو فعل أو سكوت غير أن الإمام مالكاً والزهري وابن سيرين قد ذهبوا إلى الاعتداد بالنية المصاحبة للكلام النفسي بالنسبة للطلاق والرجعة ـ كما سبق[4]. وهذا الحكم خاص

---

(١) يراجع في ذلك ص (٢٦٣ ـ ٣٥٨) من هذه الرسالة.

(٢) يراجع ص (٤٠٩ ـ ٨٣١) من هذه الرسالة.

(٣) يراجع ص (٥٢٠ ـ ٨٣١) من هذه الرسالة.

(٤) يراجع ص (١٠٢٣) من هذه الرسالة.

بالطلاق والرجعة، كما أنه يمكن إدخاله في ضمن السابق من خلال أنهم لم يعتدوا بالنية المجردة وإنما اعتدوا بالكلام النفسي الذي هو عمل من الأعمال وداخل في الكلام، فربما أنهم وسعوا مفهوم الكلام ليشمل اللفظي والنفسي كما هو اتجاه كثير من النحاة وأهل الكلام[1].

المطلب الثاني
مدى الاعتداد بالقصود الباطنة والبواعث في العقود

المراد بالقصد هنا النية والباعث من فعل الشيء، بأن يقصد بإنشاء عقد ـ مثلاً ـ الوصول إلى مآرب غير مشروعة ما كان ليصل إليها إلا تحت مظلة هذا العقد الظاهر، وهـذا هو المقصـود بالقـاعدة الجـارية على ألسنـة الفقهاء القـاضية بـأن الأمـور بمقاصدها[2]. قال ابن نجيم ـ من تطبيقاتها: «إن بيع العصير ممن يتخذه خمراً إن قصد به التجارة فلا يحرم وإن قصد به لأجل التخمير حرم، وكذا غرس الكرم... وعلى هذا عصير العنب بقصد الخليَّة، أو الخمرية، والهجر فوق ثلاث دائر مع القصد، فإن قصد هجر المسلم حرم وإلا فلا...»[3]. فالمراد بالقصد هنا ليس القصد الذي هو جزءٌ من حقيقة الرضا والذي فسرناه بالعزم على فعل الشيء، وإنما المراد به هنا القصد من فعله، والغرض الذي وراءه هل هو الخير أم الشر ـ أي النية ـ قال الشاطبي: «إن المقاصد المتعلقة بالأعمال ضربان:

ضرب هو من ضرورة كل فاعل مختار من حيث هو مختار... فإن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض... فلو فرضنا العمل مع عدم الاعتبار كالملجأ، والنائم والمجنون وما أشبه ذلك فهؤلاء غير مكلفين فلا يتعلق بأفعالهم مقتضى الأدلة السابقة فليس هذا النمط بمقصود الشارع فبقي ما كان مفعولاً بالاختيار لا بد فيه من القصد...

والضرب الثاني: ليس من ضرورة كل فعل، وإنما هو من ضرورة التعبديات من

(١) سبق أن ذكرنا قول الشاعر بهذا الخصوص وهو:

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

يراجع ص (٢١٢) من هذه الرسالة.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٩)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٧). ويراجع: د. عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية ص (٢٤٩..).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٧).

حيث هي تعبديات، فإن الأعمال كلها الداخلة تحت الاختيار لا تصير تعبدية إلا مع القصد إلى ذلك... وأما العاديات فلا تكون تعبديات إلا بالنيات...»[1]. فالضرب الأول وهو قصد الشيء واختياره ضروري لكل فعل مختار وهذا خارج عن نطاق بحثنا هنا، وإنما المراد به هنا هو الضرب الثاني وهو يكون المراد به: النية، وقد سبق أن وصلنا إلى التعريف المختار لها وهو: أنها ليست القصد إلى الفعل، وإنما هي: الباعث وراء الإقدام على الفعل أو الكف[2].

والقصد بهذا المعنى ـ أي النية ـ له دور لا ينكر في الفقه الإسلامي فهو مناط الثواب والعقاب بالإجماع[3]، وقد قال الرسول ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى»[4]، ويقول: «لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية»[5]، ويقول: «يبعث الناس على نياتهم»[6]. وفي معجم الطبراني من حديث صهيب أنه ﷺ قال: «أيما رجل تزوج امرأة فنوى ألا يعطيها من صداقها شيئاً مات يوم يموت وهو زان، وأيما رجل اشترى من رجل بيعاً فنوى ألا يعطيه من ثمنه شيئاً مات يوم يموت وهو خائن»[7]. ولا يقتصر دور القصد بمعنى النية في قضية الحل والحرمة، والثواب والعقاب بل يتعداها فيما يتعلق بموضوعنا إلى أمرين مهمين هما: تعيين اللفظ لإنشاء العقد، وترتيب الصحة والبطلان، ونحن نذكرهما من خلال نصوص الفقهاء ثم نذكر الخلاصة مع الأدلة والمناقشة والترجيح.

الأمر الأول
دور القصد في تعيين اللفظ لإنشاء العقد

وهذا إنما يتحقق في الألفاظ غير الصريحة، أما الصريحة فلا ينظر فيها ـ من حيث القضاء ـ إلى القصد بمعنى النية بل يحمل على ظاهر لفظه، فقد اتفق الفقهاء

---

(١) الموافقات (٢/٣٢٧ ـ ٣٢٨).

(٢) يراجع ص (١٩٩ ـ ٢٠١) من هذه الرسالة.

(٣) قال ابن نجيم في الأشباه ص (٢٠): «الإجماع على أنه لا ثواب ولا عقاب إلا بالنية».

(٤) سبق تخريجه في ص (٢٠٠).

(٥) الحديث صحيح متفق عليه رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب الجهاد (٣١٦) ومسلم في صحيحه كتاب الإمارة (٣/١٤٨٨).

(٦) رواه ابن ماجه في سننه كتاب الفتن (٢/١٣٥١).

(٧) ذكره الحافظ السيوطي في الأشباه والنظائر. ص (٩).

على أن الصريح لا يحتاج إلى النية - أي إلى إرادة استعماله[1] - يقول ابن نجيم: «وأما المعاملات فأنواع، فالبيع لا يتوقف عليها، وكذا الإقالة، والإجارة لكن قالوا: إن عقد بمضارع لم يصدر بسوف، أو السين توقف على النية، فإن نوى به الإيجاب للحال كان بيعاً وإلا فلا، بخلاف صيغة الماضي، فإن البيع بها لا يتوقف على النية. . . وأما الهبة فلا تتوقف على النية، وأما الطلاق فصريح وكناية. فالأول لا يحتاج في وقوعه إليها. . . أي قضاء - . . . وما كان كناية اشترطت - أي النية - له. . .»[2].

وقد أوضح القرافي دور القصد والنية في هذا النطاق قائلاً: «وها أنا أبسط موارد النية في نظر الشرع. . . في عشرة أنواع. . .:

النوع الأول: ما اعتبر فيه الشرع لتمييز المدلولات كالحالف أو الناذر بلفظ مشترك، فالشرع إنما يوجب الكفارة، أو الوفاء فيما نواه دون غيره.

النوع الثاني: صرف الألفاظ عن حقائقها المدلولات إلى مجازاتها كالحالف، أو الناذر بلفظ عام، أو مطلق، وينوي به تخصيص ذلك العام، أو تقييد ذلك المطلق، فالشرع إنما يعتبر المجاز المنوي دون الحقيقة المدلولة.

النوع الثالث: صرف الألفاظ إلى بعض ما يصلح له بالنية كألفاظ الكنايات في الطلاق والعتاق والأيمان إلى بعض المحامل التي يصلح لها اللفظ في ذلك الباب، ولا تترتب الأحكام الشرعية إلا على المنوى دون غيره».

النوع الرابع، والخامس، والسادس: لا تتعلق بموضوعنا.

---

(١) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٣/٤٥). ويقول القرافي في الأمنية في تحقيق النية ورقة (١): «فحيث قالوا: الصريح لا يفتقر إلى النية اتفاقاً معناه أن الصريح لا يفتقر إلى إرادة استعماله في مدلوله إلى النية، كما يفتقر صرفه عن حقيقته إلى مجازه، أو عن عمومه إلى الخصوص إلى نية، بل ينصرف بصراحته إلى مدلوله». وقال في الفروق (١/١٧٨): «فإنه - أي الصريح - مستقل بالحكم غير محتاج إلى النية لصراحته، والصريح لا يحتاج إلى غيره».
ويراجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٧٨)؛ وشرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٤٣)؛ والقوانين الفقهية ص (١٩٨)؛ وبداية المجتهد (٢/٧٤)؛ والروضة (٨/٢٣)؛ والغاية القصوى (٢/٧٨٦)؛ وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة على المنهاج (٣/٣٢٤)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٢١)؛ وحاشية الروض المربع (٦/٤٩٨)؛ والعدة شرح العمدة ص (٤١٣)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٤٩٣)؛ والبحر الزخار (٤/١٥١)؛ والروض النضير (٤/٣٩١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٠ - ٢٦).

«**النوع السابع**: دفع الدين المستحق، وعليه دينان: أحدهما برهن، والآخر بغير رهن، فإن ذلك الدفع يصلح سبباً لبراءة الذمة من دين الرهن، ومن الدين الآخر، فإذا نوى الدافع أحدهما رتب الشرع عليه براءة ذمته منه، وإن كان المنوي دين الرهن فله أخذ الرهن في نفس الأمر دون الحكم في القضاء.

النوع الثامن: صرف السبب لأحد محامله الصالح لها كقوله عمرة طالق أو حرة وله امرأتان، أو أمتان مسميتان بهذا الاسم، فإن هذا اللفظ سبب صالح لتحريم كل واحدة منهما، أو لعتقهما فإذا نواها تعينت، ومن ذلك معاقدة الوكيل تصلح لإفادة الملك له ولموكله، ولا ينصرف لموكله إلّا بنية، لأن الأصل والغالب معاقدة الإنسان لنفسه...»[1].

ويقول عز الدين بن عبد السلام الشافعي: «من ذكر لفظاً ظاهراً مع الأدلة على شيء ثم تأوله لم يقبل تأويله في الظاهر إلا في صورة يكون إقراره فيها مبنياً على ظنه...

وأما قبوله في الباطن فله أحوال: إحداهن أن يكون اللفظ قابلاً لتأويله من جهة اللغة فيقبل منه في الفتيا، ولا يقبل في الحكم، فلو طلق بصريح اللفظ ثم قال: أردت بذلك طلاقاً من وثاق لم يقبل في الحكم ولا يسع امرأته أن تصدقه في ذلك، كما لا يسع الحكم تسليمها إليه لأنهما متعبدان في العمل بالظاهر.

الحال الثانية: أن ينوي ما لا يحتمل لفظه من جهة اللغة مثل أن ينوي بالطلاق والعتاق الأمر بالأكل والشرب فلا يقبل منه ظاهراً ولا باطناً ويلزم بصريح لفظه في الطلاق والعتاق وغيرهما»[2]. ويقول السيوطي: «ومما تدخل فيه - أي فيما تؤثر فيه النية - من العقود ونحوها: كنايات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء والحوالة والإقالة والوكالة وتفويض القضاء والإقرار والإجارة والوصية والعتق والتدبير والكتابة والطلاق والخلع والرجعة والإيلاء والظهار والإيمان والقذف والأمان. وتدخل أيضاً فيها في غير الكنايات في مسائل شتى كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود عليه في المبيع والثمن وعوض الخلع، والمنكوحة، ويدخل في بيع المال الربوي ونحوه، وفي النكاح إذا نوى ما لو صرح به بطل»[3].

(١) الأمنية في تحقيق النية مخطوط دار الكتب ورقة (١٠) ويراجع: الذخيرة للقرافي (١/٢٣٥ - ٢٤٨) والفروق (١/١٧٨).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٠٠ - ١٠١).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٣).

وكذلك الأمر عند الحنابلة فالصريح لا يحتاج إلى القصد بمعنى النية لكن الكناية ونحوها تحتاج إليها قال ابن قدامة: «فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية، فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه، أو يأتي بما يقوم مقام نيته»[1].

ويقول الحافظ ابن رجب: «النية تُعَمِّمُ الخاص، وتخصص العام بغير خلاف فيها، وهل تقيد المطلق، أو تكون استثناء من النص؟ على وجهين فيهما فهذه أربعة أقسام:

القسم الأول، فله صور كثيرة منها. . . لو قال: إن رأيتك تدخلين هذا الدار فأنت طالق فنص أحمد في رواية مهنا أنه إن أراد أن لا تدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنث، وإن كان نوى إذا رآها فلا يحنث حتى يراها تدخلها. . .

القسم الثاني فصوره كثيرة جداً منها: أن يقول: نسائي طوالق ويستثني بقلبه واحدة ـ أي صح استثناؤه فلا يقع طلاقها ـ. . .

وأما القسم الثالث فله صور: منها: لو قال: أنت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة؟ على روايتين. . . ومنها إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين إذا قال: زوجتك بنتي وله بنات ونويا واحدة معينة، وأن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها إلى الشهادة بمثل ذلك، وصرح صاحب المحرر: إذا اشترى شيئاً بثمن مطلق في الذمة ونوى نقده من المال المغصوب ونقده منه فهل يكون العقد باطلاً كما لو وقع على عين المغصوب، أو يكون صحيحاً؟ على روايتين».

وقد بين ابن رجب سبب الفرق بين التخصيص، والتقييد في أن الأول لا خلاف عند الحنابلة في جوازه بالنية، في حين وقع الخلاف في تقييد المطلق قائلاً: «لأن تخصيص العام نقص منه وقصر له على بعض مدلوله، وذلك إنما يكون بالنية، والإرادة فهي المخصصة حقيقة، وإنما تسمى الأدلة الدالة على التخصيص مخصصات لدلالتها على الإرادة المخصصة وهذا بخلاف تقييد المطلق فإنه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة. . .».

وأما القسم الرابع فله صور منها: لو قال: أنت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا

---

(١) المغني (٧/ ١٢١).

واحدة. فهل تلزمه الثلاث في الباطن؟ على وجهين: أحدهما لا يلزمه وهو قول أبي الخطاب وصاحبه الحلواني. والثاني: يقع به الثلاث في الباطن، وهو الذي جزم به السامري في فروقه، وصاحب المغني، واختاره صاحب المحرر، لأن النية إنما تصرف اللفظ إلى محتمل، ولا احتمال في النص الصريح، إنما الاحتمال في العموم، ويشهد له قول أحمد في رواية صالح: «النية فيما خفى ليس فيما ظهر...»[(١)].

وأما الظاهرية فلا يصححون العقد إلا بالألفاظ الواردة من الشارع، وأما الكنايات فلا يقع بها الطلاق ونحوه، وقد ذكر ابن حزم أن صرائح الطلاق إذا لم ينو بها قائلها الطلاق لا يصدق في القضاء، لكنه يصدق في الفتيا، وأما الكنايات فلا يقع بها الطلاق نوى بها أم لا[(٢)].

والزيدية أيضاً قالوا بأن الصرائح لا تحتاج إلى النية، وأما الكنايات فهي بحاجة إلى النية في الوقوع وفي قصد العدد[(٣)]. والإمامية أيضاً قالوا: إن الصريح لا يحتاج إلى النية[(٤)].

ومن هذا العرض يتبين لنا بوضوح أن النية لها دور بارز ـ ليس على نطاق الثواب والعقاب ـ وإنما في نطاق تعيين مدلول اللفظ للإنشاء، بل وللعدد المطلوب بالنسبة للطلاق[(٥)] ـ كما أن له دوراً في تمييز المطلوب، والتخصيص والتقييد، غير أن هذا الدور النشط للنية خاص بالألفاظ غير الصريحة سواء كانت بما يسمى بالكنايات، أو من الألفاظ التي تحتمل الدلالة على إنشاء الأثر وغيره مما لا يتمحض للحال كفعل المضارع ونحوه[(٦)].

الأمر الثاني
دور القصد غير المشروع في العقود

وذلك بأن يعقد العقد في الظاهر للوصول من خلاله إلى تحليل الربا، أو تحليل

---

(١) القواعد لابن رجب ص (٣٠١ ـ ٣٠٥).

(٢) المحلى (١١/٤٩٣ ـ ٤٩٤).

(٣) البحر الزخار (٤/١٥١)؛ والروض النضير (٤/٣٩١).

(٤) المختصر النافع للحلي ص (٢٢١)؛ وتحرير المجلة لمحمد الحسنين آل كاشف الغطاء (١/١٨).

(٥) يراجع بخصوص دور النية في تعيين عدد الطلقات ص (١٠٥٧) من هذه الرسالة.

(٦) يراجع الفصل الأول من هذا الباب.

المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول أو أن يبيع العنب لخمار بقصد معاونته على إنتاج الخمر، أو السلاح لقاطع الطريق والمفسد في الأرض بقصد إعانته على أداء مقاصده الشريرة، أو نحو ذلك. فهل هذا القصد غير المشروع والغرض الحرام له دور في أن يجعل العقد الذي صاحبه باطلاً أم لا؟.

ونحن نذكر هنا أهم صورة التي تتجلى في نوعين:

النوع الأول: العقود التي يراد بها الوصول إلى الربا:

وهي لها صور كثيرة من أهمها بيوع الآجال، ومنها بيع العينة[1] وهو أن يبيع شخص لآخر سلعة بمائة دينار نسيئة مثلاً، ثم يشتريها منه بأقل منها نقداً. فالبيعتان صحيحتان حسب الظاهر، لكن مقصود البائع من هذه العملية هو الوصول إلى الربا تحت مظلة العقد، يقول صاحب الفتاوى الهندية: «اختلف المشائخ في تفسير العينة التي ورد النهي عنها قال بعضهم: تفسيرها: أن يأتي الرجل المحتاج إلى آخر ويستقرضه عشرة دراهم، ولا يرغب المقرض في الإقراض طمعاً في الفضل الذي لا يناله في القرض فيقول: ليس يتيسر عليَّ الإقراضُ ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثني عشر درهماً وقيمته في السوق عشرة لتبيع في السوق بعشرة، فيرضى به المستقرض، فيبيعه المقرض منه باثني عشر درهماً ـ أي نسيئة ـ ثم يبيعه المشتري في السوق بعشرة ليحصل لرب الثوب ربح درهمين بهذه التجارة، ويحصل للمستقرض قرض عشرة، وقال بعضهم، تفسيرها: أن يُدخلا بينهما ثالثاً فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثني عشر درهماً ويسلم إليه، ثم يبيع المستقرض من الثالث الذي أدخلاه بينهما بعشرة ويسلم الثوب إليه، ثم إن الثالث يبيع الثوب من صاحب الثوب وهو المقرض بعشرة ويسلم الثوب إليه ويأخذ منه العشرة ويدفعها إلى طالب القرض فيحصل لطالب القرض عشرة دراهم ويحصل لطالب الثوب عليه اثنا عشر درهماً»[2].

---

(١) العينة ـ بكسر العين ـ السلف من العين بمعنى النقد فيقال: اعتان الرجل أي اشترى الشيء بالشيء نسيئة، وفي عرف الفقهاء هي ما ذكرناه في صلب الرسالة، ووجه المناسبة بين المعنى اللغوي، والمعنى الاصطلاحي هو أن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً: أي نقداً حاضراً. يراجع المصباح المنير (٩٢/٢)؛ والقاموس المحيط (٢٥٣/٤ ـ ٢٥٥).

قال ابن قيم في شرحه على سنن أبي داود (٣٤٦/٩): «العينة فعله من العين: النقد...». قال الجوزجاني: أنا أظن أن العينة إنما اشتقت من حاجة الرجل إلى العين من الذهب والورق فيشتري السلعة ويبيعها بالعين الذي احتاج إليها وليست به إلى السلعة حاجة.

(٢) الفتاوى الهندية (٢٠٨/٣).

وفي نظري أن بيع العينة أو بيع الأجل يشمل هذا وذاك، فسواء تمت العملية باثنين أو بثلاثة، فالنية المبيتة لإتمامها هو الوصول إلى الربا حيث يفيد المقرض درهمين ـ مثلاً ـ من هذه العملية[1]. ولهذا سمى ابن رشد وغيره هذه المسائل ببيوع الذرائع الربوية ولها صور كثيرة والفيصل فيها هو القصد، والنية والباعث، يقول ابن رشد: «لم يختلفوا أن من باع شيئاً مّا كأنك قِلْتَ عبداً بمائة دينار مثلاً إلى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو إلى أجل أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك... وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو إلى أجل وأما إن ندم المشتري في هذه المسألة وسأل الإقالة على أن يعطي البائع العشرة مثاقيل نقداً، أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا. فقال مالك: لا يجوز، وقال الشافعي يجوز، ووجه ما كَرُهَ من ذلك مالك أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب، لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه...»[2].

ويقول أيضاً: «وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر نقداً وهنا تسع مسائل إذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسألتين واتفق في الباقي وذلك أنه: من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه، فإما أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه، أو قبله، أو بعده، وفي كل واحد من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به منه، وإما بأقل، وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن، أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن. فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز، وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز...»[3]. يقول الإمام الشافعي: «ومن باع سلعة من السلع إلى أجل من الآجال وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعها الذي اشتراها بأقل من الثمن، أو أكثر، ودين ونقد، لأنها بيعة غير البيعة الأولى»[4].

---

(١) ويراجع في تفصيل هذه المسألة فتح القدير (٥/٢٠٧) وبداية المجتهد (٢/١٤٠ ـ ١٤٢) والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٧٦ ـ ٨٨، ٩١) والأم (٣/٣٤، ٦٨) والروضة (٣/٤١٦) والمغني لابن قدامة (٤/١٩٣) ومجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٢٩/٤٣٠ ـ ٤٣١).

(٢) بداية المجتهد (٢/١٤١).

(٣) بداية المجتهد (٢/١٤١).

(٤) الأم (٣/٣٣).

حكم بيوع الآجال والعينة:

اختلف الفقهاء في حكم هذه البيوع فذهب جماعة منهم المالكية[1] والحنابلة[2] إلى عدم جواز هذه البيوع وبطلانها. قال ابن القيم: «وجمهور الأئمة على تحريمها»[3]. وكذلك ذهب الحنفية ـ عدا أبي يوسف ـ إلى فساد بيع العينة[4]. وذهب الشافعية[5] وأبو يوسف من الحنفية[6] والظاهرية إلى صحة هذه العقود.

تحرير محل النزاع مع الأدلة والمناقشة والترجيح:

لا خلاف بينهم في حرمة هذه البيوع إذا أراد أصحابها منها الوصول إلى الربا، وإنما الخلاف في الصحة والفساد، كما أن هذا الخلاف فيما لو أدت هذه البيوع إلى الربا، أما إذا لم يتحقق ذلك بأن اشتراه المقرض في المرة الثانية بنفس الثمن فلا خلاف في صحته، وهذا النوع هو الذي يسمى ببيع العينة. كما أن الخلاف فيما إذا لم يذكر شرط إجراء البيع الثاني في البيع الأول، أما إذا ذكر هذا الشرط في صلب العقد الأول بأن قال بعتك هذا الثوب بعشرة على أن تبيعه بثمانية فالعقد باطل[7].

استدل القائلون بصحة بيوع الآجال والعينة بالكتاب والسنة والآثار، والقياس.

أما الكتاب فهو الآيات الواردة بخصوص وجوب الوفاء بالعقود التي تتم بالإيجاب وحده، أو مع القبول مع توفر شروطه وأركانه وبيوع الآجال قد تحققت معها هذه الشروط فيجب الوفاء بها، وليس في الآيات ما يشير إلى وجوب الكشف عن نية العاقد

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٤٠).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٩٣)؛ ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٣٠ ـ ٤٣٣)؛ وأعلام الموقعين (٣/٣٢٣).

(٣) أعلام الموقعين (٣/٣٢٣).

(٤) شرح العناية مع فتح القدير (٥/٢٠٨).

(٥) الأم (٣/٣٣).

(٦) الفتاوى الهندية (٣/٢٠٨).

(٧) يراجع في تفصيل مسألة العينة: فتح القدير مع شرح العناية (٥/٢٠٨)؛ والفتاوى الهندية (٣/٢٠٨)؛ وبداية المجتهد (٢/ ١٤٠)؛ وشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٧٦)؛ والخرشي على المختصر (٥/١٠٥)؛ والأم (٣/٣٤، ٦٨)؛ والروضة (٣/٤١٦)؛ والمجموع (٩/٣٧٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤/٦٢، ١٩٣)؛ ومجموعة فتاوى شيخ الإسلام (٢٩/ ٣٠)؛ وأعلام الموقعين (٣/١٢٨).

وغرضه ما دام الظاهر مشروعاً، ثم إن الله تعالى وضع عن هذه الأمة الحرج والمشقة، ولم يكلفها إلا بما يسعها قال تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ﴾(١)، وقد ورد سبب نزولها في أن بعض أصحاب رسول الله ﷺ بكوا حينما نزل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللَّهُ﴾(٢)، قال ابن عباس: «فنزل عليهم قوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ أي من القول والعمل، وكان حديث النفس مما لا يملكه أحد ولا يقدر عليه أحد»(٣).

وأما السنة فمنها ما رواه الشيخان في صحيحيهما، وغيرهما بسندهم أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم»(٤) فهذا الحديث ظاهر في عدم المعاقبة والمؤاخذة على الأمور الباطنية ما دامت لم تظهر بالفعل أو القول.

وأيضاً أن الرسول ﷺ لم يحكم في قصة المتلاعنين(٥) بالباطن ونفس الأمر، بل حكم على ضوء الظاهر، فقد روى أنه ﷺ قال: «إن جاءت به هكذا فهو للذي يتهمه فجاءت به على الصفة وقال: «إن أمره لبين لولا ما حكم الله»(٦).

قال الشافعي: «منها ـ أي من الأمور التي تؤخذ من هذه القصة ـ أن الله تعالى أمره أن يحكم على الظاهر، ولا يقيم حداً بين اثنين إلا به. . .، فإذا كان هذا هكذا في أحكام رسول الله ﷺ كان من بعده من الولاة أولى أن لا يستعمل دلالة ولا يقضي إلا بظاهر أبداً. . . فلم يستعمل عليها ـ أي على المرأة المتلاعنة ـ الدلالة وأنفذ عليها ظاهر حكم الله تعالى»(٧).

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٤.

(٣) أحكام القرآن للشافعي (١/٤٢)؛ وتفسير القرطبي (٣/٤٢٠. . .).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٨٨)؛ ومسلم، كتاب الإيمان (١/١١٦)؛ ومسند أحمد (٢/٢٥٥).

(٥) وهي أن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن السحماء، فنزلت فيها الآيات التي بينت أحكام الملاعنة في سورة النور. وهذه القصة صحيحة متفق عليها حيث رواها البخاري في صحيحه مع الفتح (٥/٢٨٣، ٩/٤٤٥)؛ ومسلم في صحيحه (٢/١١٣٤)؛ وأحمد في مسنده (١/٢٧٣)؛ وأبو داود في سننه مع العون (٦/٣٤١)؛ والترمذي في سننه مع التحفة (٩/٢٦)؛ والنسائي في سننه (٦/١٤١)؛ وابن ماجه في سننه (١/٦٦١).

(٦) الرسالة للشافعي ص (١٤٩)؛ والأم (٥/١١٤).

(٧) الأم (٥/١١٣ ـ ١١٤).

وأيضاً إن أمر المنافقين كان بيناً بالنسبة للرسول ﷺ، ومع ذلك كان قد حقن دماءهم وأموالهم بما أظهروا من الإسلام وأجرى عليهم أحكام الإسلام المبنية على الظاهر حيث أقرهم على المناكحة والموارثة بينهم وبين أهلهم المسلمين[1]. قال الشافعي: «وهذا يوجب على الحكام ما وصفت من ترك الدلالة الباطنة، والحكم بالظاهر من القول أو البينة...»[2]. وقد أوضح ذلك الرسول ﷺ بما ليس بعده من الوضوح في الدلالة على وجوب الحكم بالظاهر حيث يقول: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»[3]. فقد أخبر أنه يقضي على الظاهر من كلام الخصمين لا على الباطن والخفايا.

وأما الأثر فهو ما روى عن زيد بن أرقم أنه يرى جواز بيع العينة بل هو طبقه فعليا[4].

وأما المعقول فهو أن بيع العينة عقد توفرت فيه شروطه وأركانه فلا بد من القول بصحته؛ لأن مبنى هذه الأمور على الظاهر، وأن الله وحده هو الذي يتولى السرائر، ويجازي على حسب النيات والبواعث.

ومن جهة أخرى لو فتح هذا الباب لأدى إلى الفوضى والاضطراب وكثرة التنازع، والطلب في الإلغاء بحجة أن نيته غير مشروعة، فمثل هذه الأمور ينبغي أن لا تبحث على نطاق العقود، بل على نطاق المجازاة الأخروية يقول الإمام الشافعي: «أصل ما أذهب إليه: أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادةٍ بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع...»[5]. وذكر أيضاً أن القياس مع القول بصحة بيع العينة قائلاً: «فإن قال

---

(١) المصدر السابق (٥/١١٤).

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (١٣/١٥٧). ومسلم (٣/١٣٣٧)؛ وأحمد في مسنده (٣١٦).

(٤) يراجع الأم (٣/٦٨).

(٥) الأم (٣/٦٥).

قائـل، فمن أين القياس مع قول زيد؟ قلت: أرأيت البيعة الأولى أليس قد ثبت بها عليه الثمن تاماً؟ فإن قال: بلى قيل: أفرأيت البيعة الثانية أهي الأولى؟ فإن قال: لا. قيل: أفحرام عليه أن يبيع ماله بنقد وإن كان اشتراه إلى أجل؟ فإن قال: لا إذا باعه من غيره قيل: فمن حرمه منه؟»[1]، فعلى ضوء هذا أن الإمام الشافعي ومن معه في هذا الاتجاه يرون أن الواجب تطبيقه هو كل ما يتعلق بالظاهر، أما قضية النية والباعث فهي ترجع إلى الأمور الأخروية فالحكم على ضوء هذا الباطن أمر مخالف لكتـاب الله وسنة رسوله، وللقياس الصحيح.

واستدل القائلون بعدم صحة بيع العينة بما يأتي:

أولاً: ما رواه أحمد وأبو داود، والطبراني، بسندهم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[2]. وقد صحح هذا الحديث ابن القطان، وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام: ورجاله ثقات، وقال في تلخيص الحبير: وعندي أن إسناد الحديث الذي صححه ابن القطان معلول، لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحاً، لأن في سنده الأعمش وهو قد دلس حيث ذكره عن عطاء دون تعيينه هل هو عطاء الخراساني الذي فيه مقال، أو عطاء مولى ابن عمر[3] غير أن كثرة طرقه يعضد بعضها بعضاً[4]. وجه الاستدلال بهذا الحديث ظاهر حيث جعل التبايع بالعينة من أسباب نزول العذاب وما ذلك إلا لحرمته وكونه ربا فلا يصح.

ثانياً: ما رواه البيهقي والدارقطني بسنده عن أبي إسحاق أن امرأته دخلت على عائشة فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم، فقالت: يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته منه بستمائة نقداً فقالت لها عائشة: «بئس ما اشتريتِ وبئس ما شريتِ، أبلغي زيداً أن جهاده مع رسول الله ﷺ قد بطل إلا أن يتوب»[5] . وجه الاستدلال به هو أن عائشة رضي الله عنها وإن لم تسند الكلام

---

(١) المصدر السابق (٣/٦٩).

(٢) الحديث رواه أحمد في مسنده (٢/٨٤)؛ وأبو داود في سننه مع العون، كتاب البيوع (٩/٣٥٥).

(٣) يراجع تلخيص الحبير (٣/١٩)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٦٢).

(٤) نيل الأوطار (٦/٣٦٣).

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (٥/٣٣٠)؛ وسنن الدارقطني (٢/٣١١).

إلـى النبي ﷺ لكـن مثل هذه العقوبة الشديدة لا تستطيع الجزم بها إلا إذا كانت قد سمعت ذلك منه ﷺ ثم إن بطلان الجهاد لا يترتب إلا على شيء خطير جداً وهو كون بيع العينة ربا لا يصح بين المسلمين.

ثالثاً: ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزيـر، والأصنام». فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا هو حرام». ثم قال ﷺ عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»(1). والحديث جد واضح في الدلالة على حرمة الحيل، وعلى أن كل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام.

رابعاً: الآثار في هذا الخصوص كثيرة حيث قد ثبت عن ابن عباس وأنس أنهما قـالا في بيع العينة: هذا مما حرم الله ورسوله، وأنه خدعة وتحايل لأكل الربا(2).

خـامساً: إن العينـة إن هي إلا ربا تحت مـظلة بيع والعبـرة بالحقـائق لا بالمصطلحات والأسماء فهي لا تؤثر في الحكم الشرعي، ويدل على هذا المعنى ما رواه الأوزاعي مرسلاً عن النبي ﷺ قال: «يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع»(3). قال ابن القيم «وهذا الحديث وإن كان مرسلاً لكنه صالح للاحتجاج به بالاتفاق لأن له من المسندات ما يشهد له... فإنه من المعلوم أن العينة عند من يستعملها إنما يسميها بيعاً، وقد اتفقا على حقيقة الربا الصريح قبل العقد ثم غيرا اسمها إلى المعاملة»(4).

المناقشة:

ويمكن أن نناقش أدلة الشافعية ومن معهم بأن استدلالهم بالآيات التي ذكروها لا يدل على المطلوب، وذلك لأنها عامة، وقد خصصت بالسنة الواردة بخصوص عدم جواز بيع العينة وعدم صحته، وأما الاستدلال قوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا

---

(1) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الأنبياء (٦/٤٩٦)، وكتاب التفسير (٨ /٢٩٥)؛ ومسلم، كتاب المساقاة (٣/١٢٠٧)؛ ومسند أحمد (٣/١٢٠٧).

(2) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/٣٣٨).

(3) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/٣٤٥)؛ ونيل الأوطار (٦/٣٦٣).

(4) المصدران السابقان.

وُسْعَهَا ﴾ فلا يتم لهم، لأن ما يؤدي إليه بيع العينة من الوسع وليس كمثل خواطر النفس، فهو بيع وعمل تترتب عليه زيادة قدر معلوم من الدنانير والدراهم.

وكذلك الأمر بالنسبة للحديث الذي يدل على تجاوز الله تعالى عن حديث النفس ما لم تعمل، أو تكلم فبيع العينة حيلة مكشوفة لها نتيجة معلومة محددة، فكيف تدخل في حديث النفس.

وأما قضية المتلاعنين فهي تخص البينات، حيث إن الدلالة لا تقوى على معارضة البينة ثم إن الله تعالى قد حدد الحكم الخاص باللعان بشكل قطعي، فلا يجوز تعدي هذا الحكم وتجاوزه، بل إن قول الرسول ﷺ: «إن أمره لبين لولا حكم الله» لدليل قوي على أنه لو لم ينزل فيه الحكم الخاص لكان ﷺ نفذ فيه الدلالة.

وأما بيع العينة فلم ينزل فيه حكم خاص يدل على إباحته، بل تشمله الأحكام العامة من عدم جواز الربا بأية وسيلة كانت، وحرمة الحيل المؤدية إلى الفساد، كما أكد ذلك الحديث الخاص بحيلة اليهود.

وأما إجراء النبي ﷺ أحكام الإسلام على المنافقين، فلأنهم لم يثبت عليهم في الظاهر ما يدل على كفرهم، وأن أحكام العقيدة تخص القلب الذي لا يعلم بحقيقة ما فيه إلا الله تعالى، ولذلك من قال كلمة التوحيد فقد عصم نفسه وماله وعرضه إلا بحق الإسلام، وذلك لأن ذلك مطلوب حتى يستسلم أولاً، ثم يدخل الإيمان بعد سماع القرآن والحقائق الإيمانية في قلوبهم، ولأن الله تعالى أقر الرسول على ذلك بقوله تعالى: ﴿ قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُم ﴾[1]. يقول ابن القيم: «وأما قوله: إنه لم يحكم في المنافقين بحكم الكفر مع الدلالة التي لا أقوى منها وهي خبر الله تعالى عنهم وشهادته عليهم ـ وهو قوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ ﴾[2] ـ فجوابه أن الله تعالى لم يجر أحكام الدنيا على علمه في عباده، وإنما أجراها على الأسباب التي نصبها أدلة عليها، وإن علم سبحانه وتعالى أنهم مبطلون فيها مظهرون بخلاف ما يبطنون، وإذا أطلع الله تعالى رسوله على ذلك لم يكن ذلك مناقضاً لحكمه الذي شرعه ورتبه على تلك الأسباب، كما رتب على المتكلم بالشهادتين حكمه وأطلع رسوله وعباده المؤمنين على أحوال كثير من المنافقين وأنهم لم يطابق قولهم اعتقادهم...»[3].

(١) سورة الحجرات، الآية: ١٤.

(٢) سورة المنافقون، الآية: ١.

(٣) أعلام الموقعين (١٢٨/٣).

وأما الأثر عن زيد فيعارضه الأثر الوارد عن أم المؤمنين عائشة. على أن زيداً لم يذكر شيئاً يدل على رفعه إلى النبي ﷺ، في حين أن كلام عائشة رضي الله عنها يدل على أنه مرفوع ولو سلمنا بتساويهما فلا حجة في كلام أحدهما على كلام الآخر.

وقد أجاب الشافعي عن هذه المناقشة بخصوص هذا الأثر بأن قول زيد أرجح من قولها لأن القياس يعضده، لأن بيع العينة عقد توفرت فيه شروطه، وأركانه فينبغي القول بصحته[١]. ويمكن الجواب عنه بأنه لا قياس مع النص.

ومن جهة أخرى أنه لم ينقل عن زيد أنه قال بجواز بيع العينة، أو أفتى به يقول ابن القيم: «ولا يقال فزيد من الصحابة وقد خالفها ـ أي خالف عائشة ـ، لأن زيداً لم يقل: هذا حلال، بل فعله، وفعلُ المجتهد لا يدل على قوله على الصحيح لاحتمال سهو أو غفلة، أو تأويل أو رجوع ونحوه وكثيراً ما يفعل الرجل الشيء ولا يعلم مفسدته فإذا نبه له انتبه، ولا سيما أم ولده، فإنها دخلت على عائشة تستفتيها وطلبت الرجوع إلى رأس مالها، وهذا يدل على الرجوع عن ذلك العقد، ولم ينقل عن زيد أنه أصر على ذلك»[٢].

وأما الجواب عن دليلهم العقلي فيكمن في أن بيع العينة وإن سلمنا أنه قد توفرت فيه أركانه وشروطه لكننا لا نسلم خلوه عن الربا فهو موجب لها بلا شك، ولهذا إذا لم يؤد إليها كان جائزاً والعقد المشتمل على الربا غير صحيح اتفاقاً، فبيع درهم بدرهمين باطل على الرغم من تحقق أركانه وشروطه.

وأما قضية بناء هذه الشريعة على الظاهر فمسلمة في الأمور التي لا يمكن الوصول فيها إلى الباطن ونفس الأمر، لكن بيع العينة الذي يؤدي إلى هذه الزيادة ليس من الأمور التي استأثرت بالباطن بحيث لا يمكن للقضاء الوصول إلى الباطن ونفس الأمر، فأمره مكشوف يتجلى بأدنى بحث من خلال القرائن والظروف التي تحيط به، بل مجرد عملية التعاقد الثانية شاهدة على وجود الربا فيه أم لا بحيث إذا كان البيع الثاني بأقل من البيع الأول فقد ظهر الأمر وانكشفت الحيلة.

ويمكن أن نناقش أدلة الجمهور بما يأتي:

أولاً: حديثهم الأول فيه مقال ـ كما سبق ـ والجواب عنه بأن كثرة طرقه يعضد

(١) الأم (٦٨/٣ ـ ٦٩).

(٢) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٣٤٣/٩).

بعضُها بعضاً[1]، بل قال ابن تيمية: إن إسنادَيْه جيدان[2]. بل إن هذا الحديث قد روي بسند آخر صحيح كما قال ابن قطان: «ولكن للحديث طريق أحسن من هذا رواه الإمام أحمد في كتاب الزهد، حدثنا أسود بن عامر، ثنا أبو بكر بن عياش عن الأعمش عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر قال: . . . سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم ذلاً فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم». قال: وهذا حديث صحيح ورجاله ثقات»[3].

كما أن لهذا الحديث سنداً آخر غير هذا السند رواه أحمد في مسنده عن يزيد بن هارون عن أبي جناب يحيى بن أبي حيه، عن شهر بن حوشب أنه سمع عبدالله بن عمر نحوه[4].

وأما الحديث الثاني للجمهور فقد نوقش بأنه ضعيف لا ينهض حجة ولو سلم فهو موقوف على عائشة وقد خالفها زيد، وقواعد الترجيح تقتضي ترجيح قول زيد في هذه المسألة على قولها، لأن القياس مع قوله فقد ذكر الشافعي أن هذا الأثر، روي عن أبي إسحاق عن امرأته وهي مجهولة الحال لا يعرف حالها، فكيف يثبت هذا الأثر؟ ثم قال: «ولو كان هذا من حديث من يثبت حديثه هل كان أكثر ما في هذا إلا أن زيد بن أرقم وعائشة اختلفا، لأنك تعلم أن زيداً لا يبيع إلا ما يراه حلالاً له، ورأته عائشة حراماً، وزعمتَ أن القياس مع قول زيد فكيف لم تذهب إلى قول زيد ومعه القياس. . . قال: أفليس قول عائشة مخالفاً لقول زيد، قيل: ما ندري، لعلها إنما خالفته في أنه باع إلى العطاء ونحن نخالفه في هذا الموضوع، لأنه أجل غير معلوم»[5]. وقال في موضع آخر: «أصل ما نذهب إليه أنَّا نأخذ بقول الذي معه القياس والذي معه القياس زيد بن أرقم، وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً، ولا يبتاع مثله، فلو أن رجلاً باع شيئاً، أو ابتاعه نراه نحن محرماً وهو يراه حلالاً لم تزعم أن الله يحبط من عمله شيئاً»[6].

(١) يقول ابن القيم في شرح سنن أبي داود (٩/٣٤١)، بعد أن ذكر له إسنادين: «وهذان إسنادان حسنان يشد أحدهما الآخر».

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٠).

(٣) نصب الراية (٤/١٧).

(٤) مسند أحمد (٢/ ٨٤).

(٥) الأم (٣/٣٣).

(٦) الأم (٣/٦٨ - ٦٩).

وقد أجيب عن مناقشة الشافعي لهذا الحديث بأن الجهالة فيه قد أزيلت بأن الراوية هي العالية بنت أيفع، كما صرح باسمها الرواة[1]، وقد روى عنها ثقتان، قال ابن القيم: «وقال غيره ـ أي غير البيهقي ـ: هذا الحديث حسن، ويحتج بمثله، لأنه قد رواه عن العالية ثقتان ثبتان: أبو إسحاق زوجها، ويونس ابنها، ولم يعلم فيها جرح، والجهالة ترتفع عن الراوي بمثل ذلك، ثم إن هذا مما ضبطت فيه القصة، ومن دخل معها على عائشة، وقد صدقها زوجها وابنها، وهما من هما فالحديث محفوظ»[2]. وقال العلامة المارديني (ت ٧٤٥ هـ): «العالية معروفة روى عنها زوجها وابنها وهما إمامان وذكرهما ابن حبان في الثقات من التابعين»[3]. قال الحافظ الزيلعي: «قال في التنقيح: هذا إسناد جيد. . .» ولولا أن عند أم المؤمنين علماً من رسول الله ﷺ أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد. . .، قال ابن الجوزي: قالوا: العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها. قلنا: بل هي امرأة معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال: العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة»[4].

ثم إن حمل الشافعي هذا الحديث على البيع إلى العطاء يجاب عنه بجوابين:

أحدهما: أن أكثر الروايات القوية لم تذكر هذا التقييد فتكون هذه الزيادة شاذة على ضوء مصطلحات علوم الحديث.

وثانيهما: أن الحمل على هذا المعنى بعيد وذلك لأن كلام عائشة منصب على البيع الثاني الذي تم بأقل مما تم به البيع الأول، كما أن في بعض روايات الحديث تكملة له، وهي: «فقالت المرأة لعائشة أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾[5]». فهذا الجزء من الآية من تتمة آية الربا التي تبدأ بقوله تعالى: ﴿الذينَ يَأْكُلُونَ الرِبَا لَا يَقُومُونَ إلَّا كَمَا يَقُومُ الذي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُم قَالُوا إِنَّمَا البَيْعُ مِثْلُ الرِبَا وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ. . .﴾، فقصد عائشة ظاهر في أنها

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٣٠ ـ ٣٣١).

(٢) شرح الحافظ ابن قيم الجوزية على سنن أبي داود، المطبوع مع عون المعبود (٩/ ٣٣٧).

(٣) الجوهر النقي على سنن البيهقي، المطبوع بهامش السنن الكبرى (٥/ ٣٣٠).

(٤) نصب الراية (٤/ ١٦). ويراجع طبقات ابن سعد (٨/ ٣٥٧).

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

حملت ذلك على أن بيعهما يتضمن الربا، لا أنه بيع إلى العطاء لأنه لو كان الأمر كذلك يعلل الحرمة بجهالة المدة مثلاً.

ومن خلال هذه المناقشة ظهر لنا أن أدلة القائلين بصحة بيع العينة لم تستطع الصمود أمام المناقشة بل تهاوى الاستدلالُ بها فلم تنهض حجة على ما ادعوا، وأما أدلة القائلين بعدم صحة بيع العينة فقد استطاعت استيعاب ما نالته من المناقشة فبقيت سليمة لم تؤثر فيها، ومن هنا ليس أمامنا إلا ترجيح قول القائلين بعدم صحة بيع العينة وكل البيوع التي تصل من خلال وسائل مكشوفة إلى الربا، وذلك لأن الله تعالى إذا حرم شيئاً أحكم سد الأبواب والوسائل المؤدية إليه، فلا يعقل أن يحرم شيئاً ومع ذلك لا يحرم الوسائل الملتوية إليه قال تعالى: ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾[1]. ولهذا يقول أبو أيوب السختياني: «يخادعون الله كما يخادعون الصبيان، ولو أتوا الأمر على وجهه كان أسهل»[2]. فلا أحد يمكنه إنكار أن بيع العينة ونحوه من البيوع التي في ظاهرها بيع وفي حقيقتها ربا ووسائل إلى الربا، فإذا كان الربا محرماً وغير صحيح فكل ما يكون وسيلة إليه فهو مثله، أما كون بيع العينة ونحوه وسيلة إلى الربا فيشهد له النقل والعرف، والنية والقصد وحال المتعاقدين[3].

فأما النقل فقد قال ابن القيم: «ثبت عن ابن عباس: أنه سئل عن رجل باع من رجل حريرة بمائة، ثم اشتراها بخمسين، فقال: «دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة». وفي كتاب محمد بن عبدالله الحافظ المعروف بمطين عن ابن عباس: أنه قال: «اتقوا هذه العينة لا تبيعوا دراهم بدراهم بينهما حريرة». وقال أيضاً: «إن الله لا يخدع هذا مما حرم الله ورسوله». وبمثله قال أنس، ولا يخفى أن قول الصحابي حرم رسول الله كذا، أو أمر بكذا، وقضى بكذا، وأوجب كذا في حكم المرفوع اتفاقاً عند أهل العلم إلا خلافاً شاذاً لا يعتد به، ولا يؤبه له»[4].

فإذا كان الصحابة قد فهموا معنى بيع العينة المنهي عنه على هذا المعنى فإن الواجب الأخذ بقولهم لأنهم أعلم بمعاني النصوص من غيرهم، وبالإضافة إلى ذلك فإن العرف يشهد على أن بيع العينة وسيلة إلى الربا، بل قد علم الله تعالى وعباده قصد

---

(١) سورة الملك، الآية: ١٤.

(٢) شرح الحافظ ابن القيم على سنن أبي داود (٩/٣٣٩).

(٣) المصدر السابق ص (٩/٣٣٨)، مع اختصار.

(٤) شرح الحافظ ابن القيم على سنن أبي داود (٩/٣٣٨)، مع اختصار.

المتبايعين وأنهما لم يعقدا على السلعة عقداً يقصدان به تملكها، ولا غرض لهما فيها بحال، وإنما الغرض والمقصود هو الوصول إلى مائة بمائة وعشرين، وما إدخال تلك السلعة بينهما في الوسط إلا تلبيس وغش وخدعة بمنزلة الحرف الذي لا معنى له في نفسه بل جيء به لمعنى في غيره، حتى لو كانت السلعة تساوي أضعاف ذلك الثمن، أو لم تساو لم يبالوا بجعلها مورداً للعقد، لأنهم لا غرض لهم فيها سوى جعلها واسطة ووسيلة للهدف المطلوب وأهل العرف يعرفون ذلك لا يكابرون أنفسهم في هذا[1].

ثم إن هذه العملية ليست من الأمور الباطنة التي لا يطلع عليها أحد، بل هي مكشوفة يظهر حتى للأجنبي المشاهد للمتبايعين قصدهما ونيتهما بحيث يقطع بأنه لا غرض لهما في السلعة وإنما القصد الأول والأخير هو مبادلة مائة بمائة وعشرين درهماً مثلاً، فضلاً عن علم المتعاقدين ونيتهما، ولهذا يتواطأ كثير منهم على ذلك قبل العقد، ثم يحضران تلك السلعة محللاً لما حرم الله ورسوله.

ثم إن الكتاب، والسنة، والفطرة والمعقول لتدل بوضوح على أن الوسيلة إلى الحرام حرام، فإن الله تعالى قد مسخ اليهود قردة خاسئين، ولعنهم لعناً كبيراً لأنهم احتالوا على عدم الاصطياد في يوم السبت حيث حفروا الأحواض حتى تبقى فيها الأسماك ليصطادوها بعد السبت قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الذينَ ٱعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ ﴾[2]. كما ذكرنا أن السنة قد بينت حيلة أخرى لهم أدت إلى لعنهم وبعدهم عن الله تعالى.

بالإضافة إلى الأدلة الخاصة من السنة على تحريم بيع العينة يقول ابن القيم: «فهذه أربعة أحاديث تبين أن رسول الله ﷺ حرم العينة، حديث ابن عمر الذي فيه تغليظ العينة، وحديث أنس، وابن عباس أنها مما حرم الله ورسوله، وحديث عائشة هذا، والمرسل منها له ما يوافقه وقد عمل به بعض الصحابة والسلف وهذا حجة باتفاق الفقهاء»[3]. كما أن الفطرة السليمة لا تقبل أن يكون الشيء محرماً في حين تكون الوسائل المؤدية إليه مباحة لأن ذلك عبث لا تبقى فائدة في تحريمه، إذ يمكن الوصول إليه بسهولة.

فعلى هذا فالراجح هو أن البيع الأول، والبيع الثاني هما بيع العينة المحرم ولا

---

(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٣٣٩/٩).

(٢) سورة البقرة، الآية: ٦٥. ويراجع تفسير بحر المحيط (١٤٧/١).

(٣) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٣٤٣/٩).

يقال: البيع الأول صحيح، والإشكال في الثاني، لأنا نقول: إن البيعان يكملان حلقة واحدة، وإن البيع الأول لم يكن مقصوداً لذاته، وإنما هو وسيلة إلى الثاني الذي ينتهي به مع الأول الوصول إلى الربا ولهذا لو كان الأول مقصوداً لذاته انعقد صحيحاً.

النوع الثاني: عقد التحليل:

وتوضيح ذلك أن الله سبحانه وتعالى اشترط في جواز نكاح المطلقة ثلاثاً من زوجها أن تنكح زوجاً آخر زواجاً صحيحاً يعقبه الدخول ثم إذا طلقها الأخير جاز للأول أن ينكحها مرة ثانية هذا ما دلت عليه آيات القرآن الكريم(١) والسنة المشرفة(٢) لكن لو أراد المطلق أو المطلقة تفادى هذه الأمور واتفق مع آخر لينكحها لفترة محدودة فيطلقها لتحل لزوجها الأول وهذا ما يسمى نكاح التحليل فهل يصح هذا العقد بحيث يجوز للزوج الأول بعد أن يقضي الثاني وطره منها ويطلقها أن ينكحها مرة ثانية، أو بعبارة موجزة: هل العقد الثاني الذي بنى على قصد التحليل صحيح أم لا؟.

هذا ما ثار فيه الجدل والنقاش فذهب الحنفية(٣). والشافعية(٤) والظاهرية(٥) إلى

---

(١) يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ. . ﴾. (سورة البقرة: ٢٣٠).

(٢) فقد روى البخاري وغيره بسندهم عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله: إن رفاعة طلقني فبت في طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة قال رسول الله ﷺ: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا. حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته». انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/٣٦١)؛ ومسلم، كتاب النكاح (٢/١٠٥٥).

(٣) عن الحنفية حتى لو اشترط التحليل داخل العقد لا يؤثر جاء في الهداية مع فتح القدير (٣/١٧٧): «وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه، فإن طلقها بعد وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح، إذ النكاح لا يبطل بالشرط، وعن أبي يوسف: أنه يفسد النكاح، لأنه في معنى المؤقت فيه، ولا يحلها على الأول لفساده، وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول، لأنــه استعمل ما أخره الشرع فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل المورث». قال ابن الهمام: «أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصده الإصلاح».

(٤) والشافعية قالوا: إذا ذكر شرط التحليل في العقد بطل به. انـظر الأم (٥/٧١)؛ والروضـة (٧/١٢٦).

(٥) المحلى لابن حزم (١١/٤٨٤)؛ والظاهرية أيضاً مثل الشافعية في أن العقد إذا تضمن شرط التحليل بطل.

أن نكاح المحلل صحيح. في حين ذهب المالكية[١] والحنابلة [٢] والزيدية[٣] إلى أنه باطل.

الأدلة والمناقشة والترجيح:

استدل القائلون بصحة نكاح المحلل بأنه عقد توفرت فيه أركانه وشروطه فيجب القول بصحته لقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بالعُقُودِ ﴾[٤] وغير ذلك من الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، ثم إن النية والقصود من الأمور الباطنة التي لا يؤاخذنا الله تعالى بها كما دلت على ذلك السنة المشرفة[٥]. يقول الإمام الشافعي: «وذلك أن يقول الرجل نكحتك حتى أصيبك فتحلين لزوج فارقك ثلاثاً، أو ما أشبه هذا مما لا يكون فيه النكاح مطلقاً لازماً على الأبد أو يحدث لها فرقة... غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً، لأن النية حديث النفس وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله فيكون الفعل حادثاً غير النية، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها، أو نية أحدهما دون الآخر أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها فيحللها لزوجها ثبت النكاح وسواء نوى ذلك الولي معهما، أو نوى غيره، أو لم ينوه... لا معنى له يفسد شيئاً ما لم يقع النكاح بشرط يفسده»[٦]. والخلاصة أن الإمام الشافعي ومن معه ينظرون إلى العقد نفسه فما دام العقد خالياً عن الشروط المفسدة فإن العقد صحيح حتى ولو كانت بينهما مراوضة فوعدها إن نكحها أن لا يمسكها إلا أياماً فما دام العقد خالياً عن هذا الشرط كان النكاح صحيحاً لا تؤثر فيه النية لأنهما مما رفع الله عنها المؤاخذة.

وقد دلت على هذا بعض الآثار عن الصحابة والتابعين. قال الشافعي: «وقد أخبرنا مسلم بن خالد عن ابن جريج عن سيف بن سليمان عن مجاهد قال: طلق رجل من قريش امرأة له فبتها فمر شيخ وابن له من الأعراب في السوق قدما بتجارة لهما فقال

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٥٨).

(٢) المغني لابن قدامة (٧/٢٧٥).

(٣) الروض النضير (٤/٣٨٩).

(٤) سورة المائدة، الآية: ١.

(٥) وهو حديث: «إن الله تجاوز عن أمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به»، سبق تخريجه قريباً.

(٦) الأم (٥/٧١ - ٧٢).

للفتى، هل فيك من خير؟ ثم مضى عنه، ثم كر عليه فكمثلها. . . فقال نعم. قال: فأرني يدك فانطلق به فأخبره الخبر، وأمر بنكاحها فنكحها فبات معها، فلما أصبح استأذن فأذن له، فإذا هو قد ولاها الدبر فقالت: والله لئن طلقني لا أنكحك أبداً فذكر ذلك لعمر فدعاه. فقال: لو نكحتها لفعلت بك كذا وكذا وتوعده ودعا زوجها فقال: الزمها، أخبرنا سعيد عن ابن جريج عن مجاهد عن عمر مثله. أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج قال أخبرت عن ابن سيرين أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً وكان مسكين أعرابي يقعد بباب المسجد فجاءته امرأة فقالت: هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة فتصبح فتفارقها؟ فقال: نعم. وكان ذلك فقالت له امرأته: إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك. فارقها. فلا تفعل فإني مقيمة لك ما ترى، واذهب إلى عمر. فلما أصبحت أتوه وأتوها فقالت: كلموه فأنتم جئتم به فكلموه فأبى وانطلق إلى عمر فقال: الزم امرأتك فإن رابوك بريب فأتني، وأرسل إلى المرأة التي مشت بذلك فنكل بها، ثم كان يغدو إلى عمر ويروح في حلة فيقول: الحمد لله الذي كساك يا ذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح قال الشافعي وقد سمعت هذا الحديث مسنداً متصلاً عن ابن سيرين يوصله عن عمر بمثل هذا المعنى»[1]. وجه الاستدلال بهذين الأثرين أن عقد النكاح فيهما قد انعقد مع نية التحليل والطلاق ومع ذلك حكم عمر بصحة النكاح فيهما فلو كان للقصد فيه أثر لما كان حكم عليه بالصحة واللزوم بل حكم عليه بالبطلان والمفارقة.

واستدل القائلون ببطلان نكاح التحليل بما يأتي:

أولاً: ما رواه أحمد والترمذي والنسائي، وأبو داود وابن ماجه والبيهقي والدارمي بسندهم عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له»[2]. وهذا الحديث قال فيه الترمذي: «حديث حسن صحيح»[3]، كما صححه ابن القطان وابن دقيق العيد، وقال: على شرط البخاري وله طرق أخرى أخرجها عبد الرزاق[4]. وجه الاستدلال بهذا الحديث واضح حيث يدل على حرمة نكاح التحليل فلو لم يكن

---

(١) الأم (٧٢/٥). ورواه عنه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦٤/٧).

(٢) انظر الحديث في سنن أبي داود مع العون (٨٨/٦)؛ والترمذي مع التحفة (٢٦٢/٤)؛ وابن ماجه (٦٢٢/١)؛ والدارمي (٨١/٢)؛ وأحمد (٤٥٠/١، ٤٥١، ٣٦٣/٢)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٢٠٨/٧).

(٣) سنن الترمذي مع التحفة، كتاب النكاح (٦٤/٤).

(٤) انظر: تلخيص الحبير (١٧٠/٣)؛ ونيل الأوطار (٣١١/٧).

محرماً حرمة مغلظة لما استوجب فعله اللعنة، وإذا كان حراماً وفاسداً فالله سبحانه وتعالى لا يصلح عمل المفسدين ولا يقيم له وزناً فيكون باطلاً.

ثانياً: ما رواه الحاكم والبيهقي بسندهما عن ابن عمر أنه جاء إليه رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا. إلا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ «وصححه الحاكم وقال: حديث على شرط الشيخين ولم يخرجاه»[1]. والحديث واضح في الدلالة على المطلوب وأنه في حكم المرفوع.

ثالثاً: ما رواه ابن ماجه والبيهقي بسندهما أن رسول الله ﷺ: قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار»؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: «هو المحلل لعن المحلل والمحلل له»[2]. وجه الاستدلال به واضح حيث إن النبي ﷺ سمى المحلل بالتيس المستعار مما يدل على عدم صحة نكاحه، وإلا لما كان يسمى بذلك كما أنه لعنه. ثم إن هذا الحديث عام لكل نكاح قصد به التحليل سواء كان ذكر ذلك كشرط في النكاح أم لم يذكر ما دام القصد على ذلك معقوداً بين الطرفين[3]. جاء في تحفة الأحوذي: «الحديث يدل على تحريم التحليل، لأنه لا يكون اللعن إلا على فاعل المحرم، وكل محرم منهي عنه والنهي يقتضي فساد العقد. . وقال أبو طيب السندي: « . . . . وذلك لأن اللعن يقتضي النهي عن هذا الفعل وحرمته، والحرمة في باب النكاح تقتضي عدم الصحة»[4].

ثالثاً: إن الآثار عن الصحابة والتابعين في هذا الخصوص كثيرة جداً، قال الحافظ المحدث الترمذي بعد روايته حديث اللعنة على المحلل: «والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبدالله بن عمرو وغيرهم، وهو قول الفقهاء من التابعين، وبه يقول سفيان الثوري وابن المبارك. . . وإسحاق وسمعت الجارود يذكر عن وكيع أنه قال بهذا وقال: ينبغي أن يرمي بهذا الباب من قول أصحاب الرأي ـ أي الحنيفة ـ وقال سفيان: إذا تزوج المرأة ليحللها ثم بدا له أن يمسكها فلا يحل له أن يمسكها حتى يتزوجها بنكاح جديد»[5].

---

(١) المستدرك باب لعن الله المحلل والمحلل له (٢/١٩٩) والسنن الكبرى كتاب النكاح (٧/٢٠٨).

(٢) سنن ابن ماجه (١/٦٢٣) والسنن الكبرى (٧/٢٠٨). ويراجع مجمع الزوائد (٤/٢٦٧).

(٣) يراجع: تلخيص الحبير (٣/١٧١).

(٤) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي (٤/٢٦٤ ـ ٢٦٥).

(٥) سنن الترمذي مع شرح تحفة الأحوذي (٢/٢٦٤ ـ ٢٦٥).

وقال إبراهيم النخعي: «ولا يحل لزوجها الأول إلا أن يكون نكاح رغبة»[1]. بل روى البيهقي وغيره عن عمر بن الخطاب أنه قال: «لا أوتي بمحل ولا محلل إلا رجمته»[2]. وروى أيضاً عن عثمان أن رجلاً سأله بقوله: «إن لي جاراً طلق امرأته في غضبه ولقي شدة فأردت أن أحتسب بنفسي ومالي فأتزوجها ثم أبتني بها ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول؟» فقال له عثمان: «لا تنكحها إلا بنكاح رغبة»[3]. وروى أيضاً أنه رفع إلى عثمان أمر رجل تزوج امرأة ليحلها لزوجها الأول، ففرق بينهما، وقال: «لا ترجع إليه إلا بنكاح رغبة غير دلسة»[4]. وقال ابن عمر في حق المحلل والمحلل له: «وكلاهما زان ولو مكثا عشرين سنة»[5] وعن علي «لعن المحلل والمحلل له»[6]. وروى ابن حزم عن طريق عبد الرزاق عن الثوري ومعمر عن الأعمش عن مالك عن الحارث عن ابن عباس، أن رجلاً سأله عمن طلق امرأته: كيف ترى في رجل يحلها له؟ فقال ابن عباس: من يخادع الله يخدعه[7]. قال ابن حزم: «وصح عن قتادة، والحسن، والنخعي قالوا: إن نوى واحد من الناكح أو المنكح، أو المرأة التحليل فلا يصلح، فإن طلقها فلا تحل للذي طلقها، ويفرق بينهما إذا كان نكاحه على وجه التحليل، وروى عن الحسن أنه سئل عن ذلك؟ فقال: «اتق الله ولا تكن مسمار نار في حدود الله»، وأنه قال: كان المسلمون يقولون: هو التيس المستعار، وعن سعيد بن جبير: المحلل ملعون، وروى أيضاً عن سعيد بن المسيب وطاوس. . . »[8].

فهذه الآثار الكثيرة إن كان في بعضها ضعف فإن أكثرها صحيح كما أنها تكاد تصل إلى حد الإجماع حيث إن اثنين من الخلفاء الراشدين ـ وهما عمر وعثمان ـ قد حكما بعدم صحة نكاح المحلل، وأن نكاحه لا يؤدي إلى إحلالها للأول، وكان ذلك منهما بمحضر الصحابة ولم يصل إلينا عن مصدر صحيح مخالفة لهما منهم فيكون إجماعاً إن لم يكن صريحاً فهو سكوتي بلا شك، ولهذا قال الحافظ الترمذي: «والعمل

---

(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٦/٩١)؛ وعون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/٨٨).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٧/٢٠٨)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٤٨٥).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٧/٢٠٨)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٤٨٥).

(٤) السنن الكبرى (٧/٢٠٨ ـ ٢٠٩)؛ والمحلى لابن حزم (١١/٤٨٥).

(٥) المحلى لابن حزم (١١/٤٨٦).

(٦) المصدر السابق نفسه.

(٧) المحلى لابن حزم (١١/٤٨٦).

(٨) المصدر السابق نفسه.

على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ»[1]. وقال العلامة ابن تيمية: «واتفق على تحريم التحليل أصحاب رسول الله ﷺ والتابعون لهم بإحسان»[2].

المناقشة والترجيح:

ويمكن أن نناقش أدلة القائلين بصحة التحليل بأن الآيات والأحاديث الواردة في وجوب الوفاء بالعقود وإن كانت عامة لكنها تخصص بالأحاديث الواردة في حرمة نكاح التحليل ونحـوه كما خصصت بالنسبة للعقود الربوية ـ كما سبق.

وأما مسألة أن النية ليس لها دور في الصحة والبطلان في العقود فغير مسلم لوجهين أولهمـا أن قول الرسول ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[3] عام لكل الأعمال. ثانيهما: إنا لا نسلم أن مسألة التحليل تقف عند حد الباطن دون أن يمكن الإنسان الوصول إليه حسب الأدلة والقرائن وإلا فإن لم يعلم به إلا الله فهذا لا يمكن أن نحكم على نكاحه بالحرمة ولا بالتحليل، وإنما كلامنا في النكاح الذي دلت القرائن بل نطق أطراف العقد بهذا القصد غير المشروع وجرى فيه المساومة، وإن لم يجعلوا ذلك شرطاً في صلب العقد، فهذا يمكن أن يوصف بأنه عمل غير مشروع مبني على غرض خبيث.

ثم إن الآثار التي ذكرها الإمام الشافعي ليس فيها حجة من ثلاثة وجوه أحدها: ليس فيها الدليل على أن الزوج الثاني ولا الزوجة قد أرادا بنكاحهما التحليل بدليل أنه لم يطلقها، ولا هي رضيت بأن يطلقها، وثانيها أن فيها دلالة على أن عمر رضي الله عنه يرى أنه لو تم النكاح بقصد التحليل لما جاز ذلك، كما أن فيها تصريحاً بأن نكاح التحليل لا يؤدي إلى حل الزوجة للأول، وهذا عكس ما يذهب إليه الشافعي، وثالثها إذا كان في هذه الآثار نوع من الاحتمال فإن آثاراً صحيحة أخرى قد عينت رأي عمر بوضوح بأنه لا يجوز نكاح التحليل وقد يحكم بالتفرقة، وأنه لو تم ذلك لرجم المحلل والمحلل له إن دخلا بها.

وقد نوقشت أدلة القائلين بحرمة نكاح التحليل وعدم صحته مطلقاً بما يأتي:

أولاً: إن الأحاديث التي استدلوا بها لا تخلو عن مقال، فالحـديث الأول

---

(١) سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/٢٦٤).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٢/١٥٥).

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه.

معلول[1]. فالجواب عنه أن للحديث عدة طرق فإذا كان حديث علي وجابر معلولاً، فإن الحديث المروي عن ابن مسعود باللفظ الذي ذكرنا حديث حسن صحيح كما قال الترمذي[2] وابن قطان وابن دقيق العيد[3] وكفى بهم حكاماً عليه.

وكذلك الحديث الثالث ضعيف لأن فيه مشرح بن هاعان وهو كما قال بعضهم: مخطىء ويخالف[4]. والجواب عنه بأن مشرح بن هاعان قد وثقه ابن معين وابن القطان، وقد روى عنه كثير من الحفاظ منهم البخاري في خلق الأفعال وأبو داود والترمذي وغيرهم[5]. فعلى هذا فخطؤه مجبور بأن يروي ما رواه عن طرق أخرى. وقد ذكر ابن القيم أن الترمذي سأل البخاري عن حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ لعن المحلل والمحلل له فقال: «هو حديث حسن»، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «هذا إسناد جيد»[6]. وهذا الحديث الثالث قد قال فيه الحافظ ابن القيم: «مشرح قد وثقه يحيى بن معين في رواية عثمان بن سعيد، وابن معين أعلم بالرجل من ابن حبان. قلت: وهو صدوق عند الحفاظ لم يتهمه أحد البتة، ولا أطلق عليه أحد من أهل الحديث قط أنه ضعيف، ولا ضعفه ابن حبان، وإنما يقال: يروي عن عقبة بن عامر مناكير لا يتابع عليها، فالصواب ترك ما انفرد به، وانفرد ابن حبان من بين أهل الحديث بهذا القول فيه»[7]. ثم أجاب ابن القيم عن كل الوجوه التي وجهت إلى هذا الحديث وخرج منها بأن الحديث صالح للاحتجاج به، فقد دافع هو وأستاذه عن هذا القول بقوة، ونافحا في سبيله بكل الأدلة[8]، ثم إن الحديث الثاني سلم من العلل حيث صححه الحاكم، وغيره.

وقد حاول القائلون بصحة عقد التحليل أن يحملوا هذه الأحاديث على محامل لا يترتب عليها القول بالفساد فقالوا: سلمنا بصحتها لكنها لا تدل على عدم صحة نكاح المحلل، وذلك من وجهين:

---

(١) سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/٢٦٣).

(٢) المصدر السابق (٤/٢٦٤).

(٣) تلخيص الحبير (٣/١٧٠)؛ وتحفة الأحوذي (٤/٢٦٤)؛ ونيل الأوطار (٧/٣١١).

(٤) مجمع الزوائد (٤/٢٦٧). ويراجع: العلل لابن أبي حاتم (١/٤١١).

(٥) تقريب التهذيب (٢/٢٥٠). ويراجع: نصب الراية (٣/٢٣٩ ـ ٢٤٠).

(٦) أعلام الموقعين (٣/٤٤ ـ ٤٥).

(٧) أعلام الموقعين (٣/٤٥). ويراجع مجمع الزوائد (٤/٢٦٧).

(٨) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٢/١٥٥)، حيث حكم بصحة هذين الحديثين اللذين ذكرناهما. ويراجع: أعلام الموقعين (٣/٤٥ ـ ٤٧).

الوجه الأول: أن هذه الأحاديث لا تدل على أكثر من أن نكاح التحليل محرم، ولا يترتب على ذلك عدم الصحة.

والوجه الثاني: أن في الحديث دلالة على صحة عقد التحليل حيث سمى الرسول ﷺ الزوج الثاني بالمحلل وهو يعني أنه حلل المرأة لزوجها الأول. فإذا كان ﷺ قد سماه المحلل فلا يبقى للخصم حجة في أن لا يسميه به، فالمراد بالمحلل إذن: مثبت الحل[1] والجواب عن الوجه الأول من وجهين.

الوجه الأول: أن ما قالوه فيه ليس محل الاتفاق فقد ذهب جماعة من الأصوليين ـ كما سبق ـ إلى أن النهي يقتضي الفساد ولا سيما في النكاح، والدليل يجب أن يكون محل اتفاق بين الفريقين.

الوجه الثاني: أن الأحاديث لا تدل على الحرمة فقط فقد دل الحديث الثاني الذي ذكرناه على أنه سفاح، فلا أظن أن أحداً ينكر القول بعدم صحة شيء يسمى بالسفاح، ثم إن النكاح نعمة فلو كان صحيحاً لما استوجب اللعنة.

وأما الجواب عن الوجه الثاني فالمراد بالمحلل هنا هو الذي يظن أنه محلل مع أنه في الواقع ليس بمحلل، أو أن المراد به شارط الحل لفظاً أو قصداً، وذلك لأن المحلل على ما ذكروه لا يكون مستوجباً للعنة في بعض الصور، فالرجل الذي زوجها عن رغبة لا عن شرط ملفوظ أو مقصود ثم طلقها فقد أثبت الحل لزوجها الأول مع أنه لا تشمله اللعنة بالإجماع[2].

والذي يظهر لنا رجحانه: أن عقد النكاح إذا اشترط فيه أن يكون للتحليل، أو أن يطلقها ليزوجها الزوج الأول فالنكاح باطل وهذا ما عليه جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية ـ وإن لم يشترط فيه ذلك لكن تبين قصد التحليل بشكل واضح من خلال الظروف والملابسات والقرائن التي تحيطه فالراجح أيضاً أن العقد باطل، وهذا ما عليه الصحابة والتابعون وهو مذهب أكثر العلماء كما سبق. يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «وقد اتفق أئمة الفتوى كلهم أنه إذا شرط التحليل في العقد كان باطلاً، وبعضهم لم يجعل للشرط المتقدم ولا العرف المطرد تأثيراً[3]، وجعل العقد مع ذلك كالنكاح

(١) فتح القدير (٣/١٧٩). وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٢٠): «ولكن يقال لما سماه محللاً دل على صحة النكاح، لأن المحلل هو المثبت للحل، فلو كان فاسداً لما سماه محللاً».

(٢) ويراجع: تحفة الأحوذي بشرح سنن الترمذي (٤/٢٦٥).

(٣) وقد ناقشهم ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٢/١٦٠) بقوله: «وإذا كان كذلك فالنكاح =

المعروف نكاح الرغبة، وأما الصحابة والتابعون وأكثر أئمة الفتوى فلا فرق عندهم بين هذا العرف واللفظ وهذا مذهب أهل المدينة وأهل الحديث وغيرهما، والله أعلم»[1].

فلا شك في أن أصحاب رسول الله ﷺ أعرف بمعاني الألفاظ الواردة عن الشرع في عصرهم وبمقاصد الشريعة الغراء، كما أن الأحاديث الواردة في ذلك صريحة في الدلالة على إبطال هذا العقد.

ومن جهة ثانية أن نكاح التحليل لا يتفق مع مقاصد الشريعة: من الزواج الذي يستهدف السكنى إليها، وأن كلا من الزوجين لباس للآخر يستره ويحميه فما زواج التحليل إلا حيلة يقصد منها المتعاقدان تفادي حكم شرعي فهو زواج مؤقت لأجل غرض غير شريف يتم بشكل تستنكف منه النفوس الطيبة وتستقر منه العقول السليمة، فما أصدق تشبيه الرسول ﷺ المحلل بالتيس المستعار فلا تتفق دناءة النفس وخستها ـ بل سقوطها ـ وقلة الحمية والحياء التي تواكب زواج التحليل مع بناء قواعد الشريعة على القوة والكرامة وسمو النفس ولذلك لعن النبي ﷺ المحلل والمحلل له[2]. يقول ابن القيم: «وأما في هذه الأزمان التي شكت الفروج فيها إلى ربها من مفسدة التحليل، وقبح ما يرتكبه المحللون مما هو رمد بل عمى في عين الدين وشجى في حلوق المؤمنين من قبائح تشمت أعداء الدين به، وتمنع كثيراً ممن يريد الدخول فيه بسببه بحيث لا يحيط بتفاصيلها خطاب، ولا يحصرها كتاب، يراها المؤمنون كلهم من أقبح القبائح، ويعدونها من أعظم الفضائح... وقد ضمخ التيس المستعار فيها المطلقة بنجاسة التحليل، وقد زعم أنه قد طيبها للحليل، فيالله العجب! أي طيب أعارها هذا التيس الملعون؟ وأي مصلحة حصلت لها ولمطلقها بهذا الفعل الدون؟ أترى وقوف

= المشــروط فيه شرطاً فاسداً لم يلزم الشارع صاحبه أن يعقده بدون ذلك الشرط، ولا هو التزم أن يعقده مجرداً عن الشرط، فإلزامه بما لم يلتزمه هو ولا ألزمه به الشارع إلزام للناس بما لم يلزمهم في البيع بدليل قوله في الحديث الصحيح: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به من الفروج». ثم البيع لا يجوز إلا بالتراضي... فالنكاح لا يجوز إلا بالتراضي بطريق الأولى والأحرى والعقد الفاسد لم يرض به العاقد إلا على تلك الصفة فإلزامه بدون تلك الصفة إلزام بعقد لم يرض به، وهو خلاف النصوص والأصول ولهذا لا يجوز أن يلزم في البيع بما لم يرض به».

(١) مجموع الفتاوى (٣٢/١٥٥).

(٢) جاء في تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي (٢٦٣/٤): «وإنما لعنهما لما في ذلك من هتك المروءة وقلة الحمية، والدلالة على خسة النفس وسقوطها. أما بالنسبة إلى المحلل له فظاهر، وأما بالنسبة إلى المحلل فلأنه يعير نفسه بالوطء لغرض الغير فإنه إنما يطؤها ليعرضها لوطء المحلل له».

الزوج المطلق أو الولي على الباب والتيس الملعون قد حل إزارها وكشف النقاب وأخذ في ذلك المرتع والزوج، أو الولي يناديه: لم يقدم إليك هذا الطعام لتشبع، فقد علمت أنت والزوجة ونحن والشهود والحاضرون والملائكة الكاتبون ورب العالمين أنك لست معدوداً من الأزواج، ولا للمرأة أو أوليائها بك رضا ولا فرح ولا ابتهاج، وإنما أنت بمنزلة التيس المستعار للضراب الذي لولا هذه البلوى لما رضينا وقوفك على الباب، فالناس يظهرون النكاح ويعلنونه فرحاً وسروراً ونحن نتواصى بكتمان هذا الداء العضال ونجعله أمراً مستوراً بلا نثار ولا دف، ولا خوان ولا إعلان، بل التواصي... بالإخفاء والكتمان...»[1].

وحقاً فليس في نكاح التحليل أي مقصد من مقاصد النكاح الصحيح، فليس من أهداف المحلل والمحلل له الاستمرار والبقاء، ولا من غرض المحلل البحث عن دين المرأة، أو جمالها أو نسبها، أو مالها، وإنما هدفه قضاء شهوة ونزوة، أو تحليل لغيره وهل فكر في الصداق والنفقة وغير ذلك من آثار النكاح، وهل أراد النسل والذرية؟ وهل أولم بشاة أو بنحوها؟ وهل دعا إليها أحداً من أصحابه وهنأه المهنئون؟ وهل رضيت الزوجة المسكينة بهذا التيس الملعون المستعار أن يكون زوجاً لها على الدوام، يقول ابن القيم: «وسل أولي التمييز والعقول: هل تزوجت فلانة بفلان؟ وهل يعد هذا نكاحاً في شرع أو عقل، أو فطرة إنسان؟ وكيف يلعن رسول الله ﷺ رجلاً من أمته نكح نكاحاً شرعياً صحيحاً ولم يرتكب في عقده محرماً ولا قبيحاً؟ وكيف يشبهه بالتيس المستعار وهو من جملة المحسنين الأبرار»[2].

والواقع أن آثار هذه الحيلة الشنعاء كثيرة جداً، فكم من حرة مصونة مستورة طلقت ثلاثاً، ثم زوجت بنكاح التحليل فطلقها الزوج الثاني حتى ينكحها الزوج الأول لكنها بقيت معه بعلاقة غير شريفة أدت إلى هدم العرض والأسرة[3]. يقول ابن القيم:

---

(١) أعلام الموقعين (٣/٤١ - ٤٢).

(٢) أعلام الموقعين (٣/٤٥).

(٣) ذكرت جريدة الأخبار المصرية بأحد أعدادها الصادر في الشهر الرابع من عام ١٩٨٥ أن رجلاً طلق زوجته ثلاثاً فأفتى له بأن يتزوجها أحد أصدقائه زواج التحليل، وفعلاً تزوجها أحد أصدقائه ليبقى معها ليلة، غير أنه تعلق بها كما تعلقت هي به، فبقي عدة أيام إلى أن ضغط عليه الناس فطلقها فتزوجها المحلل له بعد العدة غير أن الزوج الثاني (المحلل) ظل يتردد عليها مما أثار ضغينة الزوج الأول فطلب أن يمتنع عن التردد على بيته أكثر من مرة لكنه لم ينفع، فقرر المحلل له بعد أن انكشفت له حقيقة الأمر أن يقتل المحلل، فجاء إلى بيته مرة، فأشهر له السلاح فقتله.
هذه جزء من آثار هذه الحيلة الشنعاء.

«فلعمر الله كم أخرج التحليل مخدرة من سترها إلى البغاء، وألقاها بين براثن العشراء والحرفاء، ولولا التحليل لكان منال الثريا دون منالها، والتدرع بالأكفان دون التدرع بجمالها وكم من امرأة كانت قاصرة الطرف على بعلها، فلما ذاقت عسيلة المحلل خرجت على وجهها فلم يجتمع شمل الإحصان والعفة بعد ذلك بشملها.. فكيف يحتمل أكمل الشرائع وأحكمها تحليله فصلوات الله وسلامه على من صرح بلعنته وسماه بالتيس المستعار من بين فساق أمته، كما شهد به علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وعبدالله بن مسعود، وأبو هريرة وجابر بن عبدالله وعقبة بن عامر، وعبدالله بن عباس، وأخيراً عبدالله بن عمر أنهم كانوا يعدونه على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً... وهل كان في الصحابة محلل واحد، أو أقر رجل منهم على التحليل؟... بل قال عمر: لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما..»[1].

ثم إن سبب كثرة الوقوع في هذه الحيلة الشنعاء هو إيقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد مرة واحدة[2]، وإلّا فلو كان الطلاق بلفظ الثلاث كما كان على عهد رسول الله ﷺ وخليفته الصديق، وسنتين من خلافة عمر[3]، لا يقع به إلا واحدة لما اضطر إلى ذلك، وهذا هو الحكمة من كون الطلقات ثلاث مرات، يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ... ﴾[4]، فالطلاق الشرعي هو أن يكون آخر المطاف، حيث يسبقه عند اختلاف الزوجين أن يقوم الحكمان بدور الإصلاح بينهما، وحتى قبل ذلك هناك وسائل أخرى يقوم بها الزوج لإصلاح زوجته، وهي النصيحة، والهجر في المضاجع والضرب، ثم إذا لم تُجْدِ هذه الوسائل نفعاً، ولا استطاع الحكمان الإصلاح بينهما يطلقها طلقة واحدة رجعية، فإن تم الإصلاح وزال الخلل يراجعها في العدة، وبعدها بعقد جديد، ثم الطلقة الثانية ثم الرجعة في العدة، أو العقد بعدها، ثم

---

(١) أعلام الموقعين (٣/٤٣ ـ ٤٨).

(٢) يراجع فتح القدير (٣/٤٩...)؛ الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/٣٧٩)؛ والروضة (٨/٩)؛ والمغني لابن قدامة (٧/١٠٢ ـ ١٠٥).

(٣) هذا ما رواه مسلم في صحيحه بسنده عن ابن عباس حيث يقول: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضينا عليهم، فأمضاه عليهم». انظر: صحيح مسلم، كتاب الطلاق (٢/١٠٩٩).

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

الطلقة الثالثة والأخيرة، فلا أظن أن أحداً بعد هذه العمليات، والخطوات يحتاج إلى التحليل والمحلل إلا إذا كان مستهتراً، فلا تحقق رغبته في أن يجعل المرأة عرضاً يلعب بها حسبما يحلو له.

فالمأساة تأتي حينما يغضب أحد فيلفظ بالطلاق الثلاث بلفظ واحد فيقول لزوجته: طلقتك ثلاثاً فيفتي المقلدون بوقوع طلقاته الثلاث وأنه لا حيلة له من الخروج عن هذا المأزق - الذي لم يرد الولوج فيه قط - إلّا بزواج التحليل، فقد يضطر أمام حبه لزوجته ولأولاده منها وخوفه على هدم الأسرة، والمشاكل الجسيمة التي تترتب عليه أن يخضع لقبول أي شيء لإنقاذ ما يمكن إنقاذه وإلا فمن من أصحاب العقول السليمة يرضى بزواج التيس المستعار من زوجته أمام عينيه؟ مع أن الحكم الصحيح هو أن هذا الطلاق لم يقع إن كان عن غضب بحيث فقد فيه قصده ورضاه وإرادته لقوله ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»(١)، أو أن طلاقه قد وقع طلقة واحدة رجعية فله حق الرجوع.

هذا والله أعلم.

الخلاصة: في الاتجاهات الفقهية بخصوص الاعتداد بالقصد مع التحليل والترجيح:

اتضح لنا من هذين المثالين اللذين أوردناهما أن هناك اتجاهين في الفقه الإسلامي بصدد مدى الاعتداد بالقصد الباطني والنية، والباعث في العقود، حيث يذهب فريق من الفقهاء - منهم الحنفية والشافعية والظاهرية - إلى الاعتداد بالتعبير، دون الاعتناء بالقصود، والبواعث الباطنة في حين يذهب اتجاه يتمثل في رأي الصحابة، وجمهور التابعين وأهل المدينة منهم مالك وأهل الحديث منهم أحمد والأباضية(٢)، إلى اعتبار النيات والقصود والبواعث - كما في نكاح التحليل.

نطاق هذا الخلاف:

هذا الخلاف في مدى دور القصد بمعنى النية والباعث، لا في القصد بمعنى العزم على فعل الشيء الذي هو جزء من ماهية الرضا والإرادة والذي لا يتم الفعل المختار الحر إلا به حيث إذا فقد لفقد الأهلية أصبح العقد باطلاً، وإذا اختل بسبب إكراه أو نحوه يكون العقد باطلاً على الراجح - كما سبق -، فالمراد بالقصد هنا - كما

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) يراجع: المصادر السابقة؛ والنيل وشفاء الغليل (١/٧٢).

قلنا ـ هو النية أي الغرض من الفعل هل هو تحقيق غرض طيب، أو سيء فمثلاً إن العاقدين في نكاح التحليل قد قصدا إنشاء النكاح، غير أنهما قصدا بعقدهما هذا تحليل المرأة للمطلق الأول فهذا هو المراد بالقصد هنا، وكذلك الأمر في بيع العينة، حيث توفر فيه القصد بمعنى العزم على فعل الشيء ـ أي تحقق فيه الرضا والإرادة ـ لكن قصدهما بمعنى النية والغرض كان متجهاً نحو شيء غير مشروع وهو الربا.

ولهذا فإدخال هذه الأمثلة والمسائل في نطاق (عنوان الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة)[1] ينأى عن الدقة ويشوبه نوع من الخلط واللبس حيث إن هذا العنوان لا يشمل الأمثلة السابقة لأن المراد بالإرادة غير النية والغرض والقصد من الفعل، وإنما هي قصد الفعل المتجه نحو الآثار وهو متحقق في العقدين السابقين.

الترجيح:

سبق أن ذكرنا أدلة كل من القائلين بالاعتداد بالقصود والنيات والبواعث في العقود، والقائلين بعدم الاعتداد بها وإنما العبرة بالعبارة الصادرة من البالغ العاقل مع ملاحظة توفر أركان الرضا والشروط على النحو الذي ذكرناه في الباب الأول، وقد ظهر لنا من خلال المناقشة أن أدلة الفريق القائل بعدم الاعتداد بالقصود في العقود لم تصمد أمام المناقشة والنقد، فلم تستطع أن تنهض حجة على الدعوى، ولذلك لم يبق أمامنا إلا ترجيح الرأي القائل بالاعتداد بالقصود والنيات ما دام الوصول إلى إظهار ذلك ميسوراً وما دام أن القرائن تظهر أن العاقدين يريدان بعقدهما الوصول إلى مآرب غير مشروعة عن طريق الحيل والخداع فالعقود حينئذ تكون وسائل ـ وليست أهدافاً ومقاصد للعاقدين ـ للوصول إلى مقاصد غير مشروعة، وقد قال ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[2].

وهنا نرى أن دور اعتبار القصود لا يقف عند هذين المثالين اللذين ذكرناهما، بل يتجاوزهما إلى كل عقد بحيث إذا أريد به تحقيق غرض غير مشروع عن طريقه، فإن هذا العقد يكون باطلاً، لكن الشرط الوحيد في ذلك هو أن يظهر هذا القصد بشكل واضح من خلال الشروط الداخلة في العقد، أو من خلال المساومة السابقة على العقد ثم جرى العقد على أساسها أو نحو ذلك، لأن القصد إذا لم يظهر بأية وسيلة

---

(١) الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه، المدخل ص (٣٠٤).

(٢) سبق تخريجه.

ممكنة فلا يمكن الحكم على العقد الذي تضمنه بالبطلان والفساد.

هذا، ومن الجدير بالتنويه به هو أن هناك مراتب بين المذاهب التي ذكرناها، فأوسع المذاهب في الاعتداد بالقصود هو مذهب مالك[1]. يقول القرافي: «وقسم ـ أي من سد الذرائع ـ اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا، كبيوع الآجال عندنا فمالك يقول... هذه وسيلة للربا في صورة البيع، والشافعي ينظر إلى صورة العقد وهذه البيوع يقال: إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك، وخالفه فيها الشافعي»[2].

وأيضاً إن الاتجاه الذي أسندناه إلى الحنفية أو من معهم أو إلى المالكية ومن معهم لا يمكن أن يحكم عليه بأنه قاعدة كلية ليس لها استثناء، فالفروع الفقهية في كل مذهب قد يختلف حكمها عن حكم الاتجاه الذي أسندناه إليه لدليل خاص، فمثلاً أبطل الظاهرية بيع كل شيء قابل للتخمير ممن يوقن أنه يعمله خمراً، كما أبطلوا بيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يحارب بها المسلمين، وبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها، ونحو ذلك لكن ليس لأجل القصد، وإنما لأن ذلك يعتبر تعاوناً على الشر[3].

والمقصود بهذا التنويه الاحتياط والتحري في أسناد الأحكام إلى صاحب أي مذهب على ضوء قاعدة عامة فلازم المذهب ليس بمذهب[4]. غير أن شيخ الإسلام

---

(١) فقد أبطل مالك هدية الدائن من مدينه، وحكم بعدم صحة نكاح المريض مرض الموت بقصد إدخال وارث جديد ضمن الورثة وكذا إقراره أيضاً إذا ظهر عليه سوء النية فلا يقبل، وغير ذلك. يراجع: المدونة الكبرى (١٣٢/٢)؛ والمصادر السابقة.

ولذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٦/٢٩): «أصول مالك في البيوع أجود من غيره، فإنه أخذ ذلك عن سعيد بن المسيب الذي كان يقال: هو أفقه الناس في البيوع... والإمام أحمد موافق لمالك في ذلك في الأغلب، فإنهما يحرمان الربا ويشددان فيه حق التشدد... ويمنعان الاحتيال عليه بكل طريق حتى منعا الذريعة المفضية إليه وإن لم تكن حيلة، وإن كان مالك يبالغ في سد الذرائع ما لا يختلف قول أحمد منه، أو لا يقوله، لكنه يوافقه بلا خلاف عنه على منع الحيلة كلها».

(٢) الفروق (٣٢/٢)، باختصار.

(٣) المحلى لابن حزم (٦٥٣/٩)، حيث قال: «والبيوع التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان... وفسخها تعاون على البر والتقوى، فإن لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح، لأنـه لم يعن على إثم».

(٤) انظر في ذلك مجموع الفتاوى لابن تيمية (٤٢/٢٩).

ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم قد تبنيا هذه الفكرة، واعتمدا على القصود والبواعث اعتماداً كبيراً، فحارباها واعتبراها حيلاً للوصول إلى مآرب غير مشروعة يقول شيخ الإسلام ابن تيمية بعد أن ذكر أنواع الحيل: «فهذا ونحوه من الحيل لا تزول بـه المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا.. ودلائل تحريم الحيل من الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار كثيرة ذكرنا منها نحواً من ثلاثين دليلاً...»(١). يقول ابن قيم: «وتأمل قول النبي ﷺ: «صيد البر لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم»(٢). كيف حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده لأجله؟ فانظر كيف أثَّر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر الفعل... فهذه النصوص وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها...»(٣).

ومسألة القصود لها علاقة وثيقة بمسألة سد الذرائع، وهي مقصودة للشارع الحكيم، فكل ما يفضي إلى الحرام فهو حرام وإلّا فلا يتم تحقيق ذلك يقول القرافي: «سد الذرائع ومعناه حسم مـادة وسائل الفساد دفعاً لها... القاعدة أنه كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة، فإنها تبع له في الحكم»(٤). ويقول الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع. والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة...، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع... فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعملـه في المناقضة باطل». ثم ذكر أدلة كثيرة على بطلان هذه المناقضة والحيل بـالآيات والأحاديث الكثيرة(٥).

ويقول ابن القيم. «ولما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها... فوسيلة المقصود

---

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٢٨ ـ ٢٩).

(٢) الحديث رواه أصحاب السنن وابن خزيمة وابن حبان والحاكم وغيرهم. انظر: سنن أبي داود مع العـون (٣٠٣/٥)؛ والترمـذي مع التحفـة (٥٨٤/٣)؛ وابن ماجـه (١٠٣٢/٢)؛ والـدارمي (٣٦٩/١).

(٣) أعلام الموقعين (٩٨/٣).

(٤) الفروق (٣٣/٢).

(٥) الموافقات (٣٣١/٢ ـ ٣٣٥).

تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له. . . ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك. . . وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد ما يرومون إصلاحه فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها. . .»[1]. ثم ذكر ابن القيم تسعة وتسعين وجهاً ودليلاً على وجوب سد الذرائع وعلى أن الوسيلة إلى المحرم محرمة[2]، ثم قال: «وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأين من يُمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه؟ فهذه الوجوه التي ذكرناها وأضعافها تدل على تحريم الحيل والعمل بها والإفتاء بها في دين الله ومن تأمل أحاديث اللعن وجد عامتها لمن استحل محارم الله وأسقط فرائضه بالحيل كقوله: «لعن الله المحلل والمحلل له»[3] وقوله: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها»[4] وقوله: «لعن الله الراشي والمرتشي. . .»[5].

وقد قرن بينهما ـ أي بين الواصلة والمستوصلة وبين آكل الربا وموكله والمحلل والمحلل له في حديث ابن مسعود، وذلك للقدر المشترك بين هؤلاء الأصناف وهو التدليس والتلبيس، فإن هذه تظهر من الخلقة ما ليس فيها، والمحلل يظهر من الرغبة ما ليس عنده، وآكل الربا يستحله بالتدليس والمخادعة فيظهر من عقد التبايع ما ليس له حقيقة، فهذا يستحل الربا في البيع، وذلك يستحل الزنا باسم النكاح، فهذا يفسد الأموال، وذاك يفسد ما ليس في قلبه، وأخبر أن المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم. . . وهذا شأن أرباب الحيل المحرمة، وهذه الأوصاف

---

(١) أعلام الموقعين (٣/١٣٥. .).

(٢) المصدر السابق (٣/١٣٥ ـ ١٥٩).

(٣) سبق تخريجه في هذا المطلب.

(٤) سبق تخريجه في هذا المطلب.

(٥) رواه الترمذي في سننه مع التحفة، كتاب الأحكام (٤/٥٦٥)؛ وأبو داود في سننه مع العون، كتاب الأقضية (٩/٤٩٥)؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٢/٧٥٥)؛ وأحمد في مسنده (٢/١٦٤، ١٩٠).

منطبقة عليهم فإن المخادعة هي الاحتيال والمراوغة بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر محرم يبطنه، ولهذا يقال «طريق خيدع» إذا كان مخالفاً للقصد لا يفطن له، ويقال للسراب «الخيدع»، لأنه يخدع من يراه ويغره، وظاهره خلاف باطنه. . .، وتلخيص هذا أن الحيل المحرمة مخادعة لله، ومخادعة الله حرام، أما المقدمة الأولى، فإن الصحابة والتابعين ـ وهم أعلم الأمة بكلام الله ورسوله ومعانيه ـ سموا ذلك خداعاً. وأما الثانية: فإن الله ذم أهل الخداع وأخبر أن خداعهم إنما هو لأنفسهم، وأن في قلوبهم مرضاً وأنه تعالى خادعهم. . . فهذه الحيل لا يحل لمسلم أن يفتي بها في دين الله تعالى، ومن استحل الفتوى بهذه فهو الذي كفره الإمام أحمد وغيره من الأئمة حتى قالوا: إن من أفتى بهذه الحيل فقد قلب الإسلام ظهراً لبطن، ونقض عرى الإسلام عروة عروة. . .»[1].

فالحق أن الحيل المؤدية إلى حرام حرام[2]، وأن الوسيلة إلى المحرم مهما كانت وتحت غطاء أي اسم وفي ظلال أي مصطلح فهي محرمة، وأن القصد غير المشروع الذي ظهر من خلال القرائن، والذي يؤدي بالفعل إلى المحرم فهو حرام باطل ويجعل العقد باطلاً. والقضاء الإسلامي يمكنه الوصول إلى ذلك من خلال الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد، فعلى هذا لا يترتب على هذا الترجيح قلقلة التعامل واضطرابه، لأننا لا نقول بالاعتماد على القصود التي لم تظهر، ولا الاعتماد على الأوهام والظنون، وإنما لا بد أن يكون هذا القصد السيء ظاهراً من خلال الشروط التي تدخل في العقد، أو المساومة السابقة عامة، أو من طبيعة العقد والظروف التي تحيط به كما في عقدي التحليل والعينة والحيل المكشوفة الأخرى للوصول إلى المحرمات.

المطلب الثالث

كيفية تحقيق التوازن بين الرضا ودليله

يقصد بالتوازن هو رعاية كل من العبارة والرضا معاً بشكل يكون بينهما تناسق لا يغلب أحدهما على الآخر، وذلك لأن إعطاء دور أكثر لأحدهما على حساب الآخر لا يؤدي إلى النتائج المرجوة من العدل واستقرار التعاقد، وكلامنا هنا أن يوجد الدليل ـ

---

(١) أعلام الموقعين (٣/١٥٩ ـ ١٧٦).

(٢) وقد عقد الإمام البخاري كتاباً في صحيحه لحكم الحيل وذكر الأحاديث الكثيرة الدالة على تحريم =

من اللفظ أو الفعل ـ مع أصل الرضا ـ بأن لا يكون صادراً ممن فقد الأهلية ـ فعلى أيهما يعتمد أكثر؟ هل يكون الاعتماد على اللفظ أو الفعل ما دام صادراً من عاقل بالغ، أم على الرضا الباطن، ويكون دور اللفظ أو الفعل مقتصراً على كونه دليلاً؟

هذا ما ثار فيه الخلاف والجدل بين الفقهاء ـ بعد اتفاقهم على أن حل الأموال بالرضا الحقيقي الباطن، وفيما ذلك فليست نظرة المدارس الفقهية إلى هذه المسألة على سنن واحد، ونحن نذكرها هنا بإيجاز، ثم نتبعها بما نختاره في التوازن.

فالحنفية أكثر المذاهب اعتماداً على التعبير في هذا الباب حيث جعلوا الصيغة هي الركن الوحيد للعقود، فقد سبق أنهم حكموا بصحة طلاق المخطىء، والناسي، والمكره، ومن لا يفهم معنى العبارة ومن سبق لسانه دون أي قصد، ونكاحهم ونحوهما من العقود التي لا تقبل الفسخ في نظرهم، وما ذلك إلا لأن العبارة نفسها تحل محل القصد والاختيار[1]، في حين أن الجمهور حكموا ببطلان هذه العقود[2].

وأما العقود المالية فالقصد الباطني فيها ركن عند الجمهور في حين أنه شرط للصحة عند الحنفية، فمثلاً بيع المكره باطل عند الجمهور في حين أنه فاسد عند الحنفية على ضوء التفصيل الذي ذكرناه ولا داعي لإعادته[3]، غير أن الذي يحقق التوازن القائم على العدل واستقرار التعاقد هو: أن يجعل القصد الباطني والرضا الحقيقي أساساً لكل العقود المالية والشخصية، وأن يكون دور اللفظ أو الفعل مقصوراً على كونه دليلاً. فعلى هذا يعتمد على هذا الدليل الظاهر من حيث المبدأ باعتباره دليلاً على وجود القصد الباطني دون الحاجة عن البحث عن الرضا الباطن رعاية لاستقرار التعاقد وسرعة إجراءات العقد، وحتى لا يضار العاقدان بالتأخير والتماطل، وحتى لا يرهق القضاء بما لا يمكن الوصول إليه، فأحكام الدنيا تجري على الأسباب الظاهرة، والأمور التي يمكن للقضاء الوصول إليها.

لكن هذا لا يعني ترك القصد الباطني وضربه بعرض الحائط فإذا ثبت دليل

= الحيل المؤدية إلى الحرام فليراجع صحيح البخاري مع الفتح (١٢/ ٣٢٦ ـ ٣٥١).
ويراجع في القصود: د. عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية، ط. مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس ١٣٩٦ هـ ص (٢٦٧).

(١) يراجع ص (٢٢٤) من هذه الرسالة.

(٢) يراجع للتفصيل في هذه المسألة ص (٢٠٦ ـ ٢٣٨).

(٣) يراجع ص (٢٥٧ ـ ٨٣١) والمبحث الأول من الباب الثاني ص (٨٣٧...).

واضح على عدم تحقق القصد الباطني كما في حالات الإكراه والغلط والتدليس ونحوها فإن العقد يصبح باطلاً لأن هذا الدليل ظهر أنه لم يكن دليلاً على الرضا، وإنما هـو لدفع الأذى أو نحوه. فالأدلة على اعتبار الرضا والقصد الحقيقي كثيرة كما ذكرنا فلا يمكن إهمال الرضا والقصد في العقود بل القصد ركن الكلام يقول عبد العزيز البخاري: «وصحة القول بالقصد ليكون القول باعتبار القصد ترجمة عما في الضمير، ودليلاً عليه فيبطل القول عند عدم القصد. .»[1]. وقال السيوطي، وابن نجيم: «قال سيبويه والجمهور باشتراط القصد في الكلام فلا يسمى كلاماً ما نطق بـه النائم والساهي. . .»[2]، فما القيمة لما يتلفظ به اللسان إن لم يكن تعبيراً عما في الجنان؟ يقول النووي: «قال أصحابنا: لو قال بلسانه: نويت التبرد، ونوى بقلبه رفع الحـدث أو بالعكس فالاعتبار بما في القلب بلا خلاف، ومثله ما قاله الشافعي والأصحاب لو نوى بقلبه حجا وجرى بلسانه عمرة أو بالعكس انعقد ما في قلبه دون لسانه»[3]. ويقول ابن عابدين لا عبرة باللسان إن خالف القلب[4]. ويقول الشاطبي: «فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل، والمجنون. . .»[5].

فالقصد في الواقع روح الكلام والفعل وقوامهما، فهما بدونه كالجسد بلا روح، فقد ذكر الشاطبي أدلة على وجوب اعتبار القصد، والدليل، إذ لا قوام لأحدهما بدون الآخر[6]. ويقول ابن القيم: «ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم، والناسي، والسكران والجاهل والمكره، والمخطىء من شدة الفرح أو الغضب، أو المرض، أو نحوهم ولم يكفر من قال في شدة فرحه براحلته بعد يأسه منها: «اللهم أنت عبدي وأنا ربك»، فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها؟. . . فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها، وأفعالها. ومن لم يراع القصود في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه أن لا يلعن العاصر - أي للخمر - وأن يجوز له عصر العنب لكل أحد وإن ظهر له أن قصده الخمر. . . وقاعدة

---

(١) كشف الأسرار (٣٨٥/٤)، ويراجع: الروضة (٤٤/٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٥)؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٤).

(٣) المجموع (٣١٧/١).

(٤) حاشية ابن عابدين (٤١٥/١).

(٥) الموافقات (٣٢٤/٢).

(٦) المصدر السابق (٣٤٤/٢ - ٣٤٧).

الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات»[١]. ويقول أيضاً: «فدل على أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله فاعتبار القصود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه. وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه؟»[٢].

فلا يتناسب مع قواعد الشريعة الغراء التي تراعي الحل والحرمة والأغراض والمقاصد إقفال جانب القصد والرضا والإرادة، فلا بد على ضوئها من اعتبار هذا الأساس لقوله تعالى: ﴿ . . . إِلَّآ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم . . . ﴾[٣] فلا ينبغي القول على ضوئها إلا باعتبار القصود والنيات وأنها لا تلزم الأحكام المترتبة على العقود حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها، كما أنه لا بد وأن يكون قاصداً لكلامه مريداً له، فلا بد من إرادة اللفظ اختياراً وإرادة موجبه ومقتضاه بل المقصود هو المعنى والأثر، وما اللفظ إلا وسيلة لأداء هذا الدور، فلا ينبغي تفضيل الوسيلة على الأساس والهدف[٤].

فعلى هذا فالتوازن في نظر الراجح من الفقه الإسلامي ـ كمبدأ ـ يتسم باعتبار الرضا والقصد هو الأساس، واعتبار التعبير دليلاً ظاهراً يقبل دون البحث عن القصد إلا إذا ظهر ظهوراً واضحاً خلافه لمدلوله وللمقصد والرضا الحقيقي فحينئذ يطرح لأنه لم يكن حينئذ دليلاً صادقاً على مدلوله، بل هو دليل كاذب وإذا لم تظهر هذه المخالفة فإن التعبير الذي عبر به العاقد ينفذ ويفسر على ضوء مقتضى اللغة والعرف، يقول سلطان العلماء عز بـن عبد السلام: «اللفظ محمول على ما يدل عليه ظاهره في اللغة، أو عرف الشرع، أو عرف الاستعمال، ولا يحمل على الاحتمال الخفي ما لم يقصد أو يقترن به دليل. .»[٥].

---

(١) أعلام الموقعين (٣/٩٥ ـ ٩٦).

(٢) أعلام الموقعيـن (٣/٩٤).

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٤) يقول ابن رجب في القواعد ص (١٣): «الألفاظ المعتبرة في العبادات والمعاملات منها ما يعتبر لفظه ومعناه وهو القرآن. . . ومنها ما يعتبره معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق».

(٥) قواعد الأحكام (٢/١٠٢).

فعلى ضوء ما سبق أن العاقد إذا لم يقصد بكلامه أو فعله إنشاء العقد كما في حالات الجنون والنوم والإكراه والسكر والإغماء ونحو ذلك فإن تعبيره حينئذ يكون باطلاً لا يترتب عليه شيء، كما هو الراجح الذي يعضده الدليل[1].

وإن كان قاصداً للتكلم بعبارته فإما أن يكون عالماً بغاياتها متصوراً لها، أو لا يدري معانيها البتة بل هي عنده كأصوات يلهج بها.

فإذا لم يكن عالماً بها ولا متصوراً لها لم تترتب عليها الأحكام الشرعية.

أما إذا كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها فحينئذ إما أنه لم يقصد إلا التكلم بها كما في حالة الهزل والسخرية والتقليد والتمثيل فهذه الحالة لا تؤثر في الطلاق والنكاح والعتاق والرجعة لأنها حقوق الله تعالى الجد والهزل فيها سواء، لكنها تؤثر في المعاملات فإذا ثبت أن العاقد كان فيها هازلاً لم ينعقد بيعه على الراجح الذي اخترناه وكذلك الحكم في عقود التلجئة والمواضعة (العقود الصورية).

أما إذا كان العاقد قد قصد غير معناها فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أولا، فإن قصد ما يجوز له قصده نحو أن يقصد بقوله: «أنت طالق» أنها طالق من زوج سابق لها، أو نحو ذلك مما يقبله اللفظ فهذا لا يقبل في القضاء لأن مبناه على الظاهر واللفظ الصريح لا يبحث عن النية فيه إلا إذا أثبت بالقرائن ما رمى إليه.

أما إذا قصد اللفظ والمعنى لكنه قصد بإنشاء عقد الزواج تحليل الزوجة لزوجها الأول وقصد بعقد البيع والشراء الوصول إلى الربا، وبعقد الخلع الحيلة لتفادي المحلوف عليه وبملكتك مالـي الحيلة على قصد الزكاة، وما أشبه ذلك فهذه العقود لم يرد العاقد فيها مقصودها الذي أراده الشارع منها بل يريد قصداً آخر غير ما قصده الشارع منها فيكون قصده وفعله مردودين عليه، فبقي أن الذي يترتب عليه الأحكام الشرعية هي العقود التي قصد العاقدان فيها ألفاظها وآثارها الشرعية[2].

والله يقول الحق وهو أعلم بالصواب.

---

(١) كما سبق كل ذلك في الباب الأول ويقول ابن القيم: «فالصواب أن أقوال هؤلاء كلها هدر كما دل عليه الكتاب، والسنة، والميزان وأقوال الصحابة».

(٢) يراجع الباب الأول من هذه الرسالة؛ وأعلام الموقعين (١٢٢/٣). يقول ابن القيم: «فأي فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع والتوسل إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها =

المبحث الثاني
التوازن بين الرضا (الباطن) ودليله في القانون

يحتل التوازن بين الرضا (الإرادة الباطنة) والتعبير (الإرادة الظاهرة)[1] أهمية كبيرة في عالم القانون الذي كثرت فيه النزعات: ما بين نزعة ذاتية محضة[2] ونزعة مادية بحتة، وما بين نزعات تأخذ أماكن الوسط المختلفة قرباً وبعداً، بين أقصى الاعتناء بالذاتية والشخصية والإرادة الباطنة وأعلى درجة الاعتماد على المادية والتعبير (الإرادة الظاهرة) ونحن نوجز القول في النزعات التي تسود القوانين ـ موضوعة البحث ـ نظراً إلى أن معرفة النزعة لقانون ما يعين الباحث على فهم الاتجاه الذي يقوده والروح التي تسوده فيسهل عليه تفسير نصوصه على ضوئهما.

وتظهر أهمية التوازن بين هاتين النزعتين، وهذين الاتجاهين في أن كلا منهما قد وجه إليه انتقادات عنيفة دكت بنيانه وزعزعت من أساسه بعد أن اتسم بالإفراط، ووسم بالغلو في الاعتماد على جانب دون آخر فالنزعة المادية البحتة إذا كانت تحقق نوعاً من الاستقرار التعاقدي فإنها تكمن فيها مظاهر الغبن وعدم الاعتماد على الجوانب النفسية التي تنم من احترام آدمية الإنسان ورعاية قصوده، بل قد يترتب عليها ظلم وحيف حيث تقف عند التعبير فقط بل تعتبره الإرادة نفسها، كما أن النزعة الذاتية وإن كانت تتسم باحترام القصود الباطنة النفسية للعاقد وجعل الإرادة هي الأساس وإعطائها القوة في فرض الشروط لكن ترتب عليها استغلال بشع في ظل التقنينات التي اتخذت هذه النزعة منهاجها.

ومن هنا صقلت التجارب التاريخية هاتين النزعتين إلى حد ما، فغدت

= السر الإعلان، والقصد اللفظ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت، وفي قلوبهم أوضع.. ولهذا يقول أيوب السختياني ـ وهو من كبار التابعين وساداتهم وأئمتهم ـ في هؤلاء: يخادعون الله كما يخادعون الصبيان، لو أتوا الأمر على وجهه لكان أسهل عليهم».

(١) سبق أن ذكرنا أن وصف الرضا أو الإرادة بالظاهر أو الظاهرة غير دقيق، لأن ماهية الرضا أو الإرادة هي القصد الباطني فلا يوصف بالظاهر والذي يظهر هو التعبير والدليل، ولا يخفى أن الدال غير المدلول.

(٢) من القوانين ذات النزعة الذاتية المحضة القانون الروماني، فكان من آثار هذه النزعة عليه عدم جواز الوكالة في إنشاء العقد، وأن الالتزام بعد نشأته لا يجوز انتقاله لا سلباً ولا إيجاباً. يراجع د. صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص (١٦٥).

التشريعات الحديثة تأخذ من كلتيهما، حيث لا يوجد تشريع حديث في عصرنا انحاز انحيازاً كاملاً نحو نزعة دون الأخرى[1]. فالتقنين الألماني الذي هو عنوان التقنينات الجرمانية ـ التي تعتنق المذهب المادي ـ قد اعتد بالعنصر النفسي الشخصي في الالتزام وأخذ بالإرادة الباطنة في كثير من النواحي وعرف التصرف المسبب فاعتبره باطلاً إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب، وجعله قابلاً للإبطال إذا شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا، وكذلك الأمر في القانون الفرنسي الذي هو عنوان القوانين اللاتينية التي تعتمد على النزعة الذاتية والإرادة الباطنة قد اعتد في بعض الأحيان بالعنصر المادي في الإلتزام حيث أجاز حوالة الحق ونحوها وأخذ بالعبارة الظاهرة في بعض النواحي وإذا عدنا إلى التشريعات اللاتينية الحديثة جداً ـ كالتشريع الإيطالي الجديد ومشروع القانون الفرنسي والإيطالي ـ نرى آثار هذا التأثر أكثر[2].

غير أنه مهما كان هناك تقارب بين النظريتين فلا تزال بينهما فروق تتلخص في أن نظرية الإرادة الباطنة تنظر إلى الإرادة باعتبارها عملاً نفسياً، ونظرية الإرادة الظاهرة تنظر إليها باعتبارها ظاهرة اجتماعية فتترتب على ذلك نتيجتان أولاهما: عند تفسير العقد فإذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً بتحسس الإرادة الباطنة وما تنطوي عليه سريرة المتعاقدين، بل يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عنها فيفسره تفسيراً اجتماعياً، لا نفسياً، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري والمألوف في التعامل، أما إذا أخذ بالإرادة الباطنة فيكون الأساس عنده هو الوصول إلى النية الحقيقية لهما. وثانيتهما: أنه إذا أخذ بالإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة التمييز ما دام الغرض تفسير نص العقد، وإذا أخذ بالإرادة الباطنة فتكون المسألة مسألة الواقع يختص بها قاضي الموضوع[3].

وأما القانون المدني المصري الحالي فهو قد أخذ كقاعدة عامة بالنزعة الذاتية،

---

(١) يراجع في تفصيل هذا الموضوع: د. السنهوري، الوسيط (١/١١٠)؛ ود. جميل الشرقاوي، النظرية للالتزام (١/٧٩)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٧٠)؛ ود. عبد الحي حجازي، المصدر السابق (١/١٧٣)؛ ود. محمد علي عمران، مصادر الالتزام ص (٢٤)؛ ود. عبد الرازق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (١/٦٤، ٨٠)؛ ود. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد ص (٢٤).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/١٠٠ ـ ١٠١)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٨)؛ وشيفاليه، المصدر السابق ص (٥١)؛ وبلانيول وريبير، المصدر السابق (٦/ بند ١٠١ ـ ١٠٣).

(٣) د. السنهوري، نظرية العقد ص (١٧٧)؛ ود. حسين عامر، المصدر السابق ص (٢٤).

والإرادة الباطنة، لكنه مع ذلك قد تأثر بالأخذ بالنزعة المادية والعبارة الظاهرة ـ فقد حاول التوازن بين هذه النزعات فجعل الإرادة الباطنة أساساً لنزعته ومع ذلك لم يغفل في الأحيان الضرورية عن الجانب المادي فأخذ بالإرادة الظاهرة ابتغاء استقرار التعامل في تكوين العقد فقد نص في مادته (٨٩ م.م) على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة للقانون». كما نص في مادته (٩١) على أنه «ينتج التعبير أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». فهذا دليل واضح على مدى اعتماده على العبارة دون الإرادة، الباطنة، حيث يترتب عليه أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل، ولكن القبول وصل إلى الموجب قبل أن يصل العدول يرتبط بالعقد، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها بل على أساس عبارته الظاهرة[1]. وكذلك الأمر بالنسبة للمادة (٩٢ م.م) حيث نصت على أنه: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه». ولا يخفى أن هذا الحكم إنما يتم على ضوء العبارة الظاهرة، بل إن الغلط إذا انفرد به المتعاقد الأول ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه فلا يؤثر في العقد حيث يكون صحيحاً (المادة ١٢٠ م.م)، وكذلك الأمر في التدليس (المادة ١٢٦ م.م) ولا يفسر ذلك إلا على ضوء الاعتماد على العبارة الظاهرة، وإلا فالإرادة الحقيقية معيبة سواء كان علم بها الآخر أم لا.

ولم يقف اعتماد القانون المصري على العبارة في هذه الأحكام بل تعداها إلى تفسير العقد في بعض الأحيان حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (١٥٠ م.م) على أنه: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين»، وذلك لأن التعبير الصريح يعتبر تعبيراً أميناً على الإرادة الحقيقية[2]، إلا إذا ظهر أنها كانت معيبة بإكراه، أو غلط، أو تدليس، غير أن القانون المصري عاد إلى الإرادة الحقيقية حينما لا تكون العبارة صريحة حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٥٠ م.م) على أنه: «أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/١١١).

(٢) وقد عبر عن هذا حكم حديث لمحكمة النقض المصرية حيث قضت في ١٩٧٩/٢/١٧ (الطعن رقم ٤٩٧ سنة ٤٦ قضائية لم ينشر) بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن =

وفقاً للعرف الجاري في المعاملات»[1].

وقد كان القانون المصري القديم في مادته (١٣٨/١٩٩) ينص ـ أسوة بالقانون الفرنسي ـ على أنه «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها مع مراعاة نوع المشارطة والعرف الجاري»، فليست العبرة في تفسير العقد بالمعنى الظاهر لبنوده حتى وإن كانت الألفاظ صريحة، بل «بنية المتعاقدين وقت التعاقد»[2]. فلم يكن القاضي مقيداً بعبارات العقد وإن كانت صريحة وواضحة إذا بان له مخالفتها للإرادة الحقيقية «من أي طريق يراه»[3]، كظروف تحريره، أو الأوراق الملحقة، أو نحو ذلك من الظروف والقرائن التي تحيط بعملية التعاقد بل قد أقرت محكمة النقض بصراحة في ظل التقنين المصري القديم على أن «للقاضي السلطة في تفسير العقود والمحررات على وفق نية المتعاقدين، أو نية الملتزم منهما، ولو اقتضى ذلك مخالفته للمعنى اللغوي للألفاظ التي صيغت بها، وإنما يجب عليه في هذه الحالة أن يبين سبباً مقبولاً لعدم اعتداده بالمعنى الظاهري ولأخذه بالمعنى الذي ذهب إليه»[4]. لكن التقنين

= طريق تفسيرها، إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادتهما المشتركة فذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات.

(١) والقاضي يستهدي للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكرت هذه المادة بعضها حيث يستهدي على ضوئها «بطبيعة التعامل، وبما ينبغي . . . إلخ». والعوامل التي ترشده إلى ما يطمئن إليه إما عوامل داخلية في تفسير العقد وهي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وقد ذكر القانون الفرنسي بعض عوامل غير هذين العاملين، منها أنه إذا تحملت العبارة أكثر من معنى فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً (المادة ١١٥٧ م.ف) ومنها أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (المادة ١١٦١ م.ف) وغير ذلك. وأما العوامل الخارجة في تفسير العقد فهي كالعرف كما في (المادة ١٥٠ م.م) والمادة (١١٣٥ م.ف) ويضاف إليه الطريقة التي ينفذ بها العقد.

يراجع في تفصيل ذلك: د. السنهوري، الوسيط (١/٨٢٣ ـ ٨٢٩)؛ ومارسيل، المصدر السابق بند (٢٤٩ ـ ٤٥٢)؛ ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٣٠٧).

(٢) قرار محكمة استئناف مصر في ١٤/ ١٢/١٩٢٥ المذكور في مجلة المحاماة السنة ٦ رقم ٣٠١ ص (٤٢٩).

(٣) نقض مدني في ٢٨/٣/١٩٤٠ مذكور في مجموعة أحكام النقض (١٤١/٣ رقم ٤٧). ويراجع د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٣٠٢).

(٤) نقض مدني في ٣/١٢/١٩٣٦. مذكور في مجموعة أحكام النقض (٤٠/٢ رقم ١٦). ويراجع: =

الجديد ـ كما رأينا ـ نبذ هذا الاتجاه فاعتمد على الإرادة الظاهرة لكن مع ملاحظة كونها مفترضاً فيها الإرادة الباطنة إذا كان التعبير صريحاً رعاية للاستقرار[1]، في حين اعتمد على الإرادة الباطنة إذا كان التعبير غير واضح، فعلى ضوء الفقرة الأولى من المادة (١٥٠ م.م) أن سلطة القاضي في البحث عن النية المشتركة تنحصر في غير العبارة الواضحة[2].

وقد ثار التساؤل حول المراد بالعبارة الواضحة الواردة في المادة السابقة هل هي تعني الوضوح في الإرادة، أم الوضوح في صياغة العبارة؟.

فقد فسر غالب الفقه[3] والقضاء[4] الوضوح هنا بوضوح الإرادة لا بوضوح العبارة فحسب، يقول الأستاذ السنهوري: «ولا نفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها، بل إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها وارتفع عنها اللبس والإبهام، وذلك أن وضوح

= نقض مدني آخر في المعنى السابق نفسه في ١٩٤٧/٥/٢٩، مذكور في المرجع السابق (٤٢٩/٥ رقم ٢١٠).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢٩٦/٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض في حكم لها في ١٩٧٧/١٢/٢٨ (الطعن المرقم ٨٥٤ سنة ٤٣ قضائية لم ينشر) بأنه «متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها فإنه لا يجوز إخضاعها لقواعد التفسير للوصول إلى معنى آخر، أما إذا شاب العبارة غموض أو إبهام لا يكشف عن إرادة المتعاقدين فلمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسيرها بما تراه هي أوفى بمقصود العاقدين مستعينة في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها على أن تبين أسباب ترجيحها فيما انتهت إليه».

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٨١٣/١)؛ ود. حشمت أبو ستيت، بند (٣٣٣)؛ ود. الصدة، بند (٢٨٢)؛ ود. سليمان مرقص، بند (٢٣٥)؛ ود. الشرقاوي، المصدر السابق (٣٥٤/١)؛ ود. عبد الرازق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (٣٠٠/١).

(٤) وقد قضت محكمة النقض في ١٩٧٨/٤/١٢ (طعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ قضائية) بأن «المقصود بالوضوح في هذا المقام ـ أي في نطاق المادة (١٥٠ م.م) هو وضوح الإرادة لا اللفظ فإذا لم يتخير العاقدان اللفظ المعبر عن حقيقة قصدهما أو أحاط بعبارتهما الواضحة من الملابسات ما يرجع معه حمل معناها على آخر مغاير، فإنه يحق للقاضي التدخل لتفسير العقد بما يراه أوفى إلى قصدهما وأوفى بمرادهما على أن يبين في حدود سلطته الموضوعية الأسباب المقبولة التي تبرر مسلكه ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كانت عبارات العقد تحمل المعنى الذي حمله، وكان قضاؤه يقوم على أسباب سائغة».

العبارة غير وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان»[1].

غير أن هذا العدول عن هذا المعنى الواضح يعتبر مسخاً وتشويهاً إلا إذا توفر فيه شرطان هما: وجود ظروف وأسباب معقولة تبرر ذلك، وأن يبين القاضي في حكمه تلك الأسباب[2]. فقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان لمدلول عبارات العقد معنى ظاهر فإن انحراف الحكم المطعون فيه من هذا المعنى دون أن يبين في أسبابه: لم عدل عنه إلى غيره مما أخذ به يجعله معيباً بما يستوجب نقضه»[3]. ولم يرتض بهذا الاتجاه بعض الفقه اعتماداً على صريح المادة (١/١٥٠) والمذكرة التفسيرة لها[4].

والخلاصة أن الفقه والقضاء المصريين في الغالب على أن لا ينظر إلى اللفظ بوحده وإن كان صريحاً بل إلى ما يرمي إليه المتعاقدان من خلال الظروف والقرائن ومجموع الجمل الواقعة في صيغة العقد وإن كان يجبر قاضي الموضوع على أن لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلا بدليل، وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض في حكم حديث لها: «قد تتسم كل عبارة من عبارات العقد بالوضوح في ذاتها ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يعم المعنى المستخلص منها فلا يجوز للمحكمة ـ

(١) د. السنهوري، الوسيط (٨١٣/١).

(٢) وقد وردت بهذا المعنى عدة قضايا منها نقض مدني في ١٩٥٨/١٢/٢٥، مذكور في مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٨ ص (٨٢٤).

(٣) نقض مدني في ١٩٦٤/٥/٧، مذكور في مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٤ ص (٦٥١).

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص (٣٠٥). وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية (٢٩٦/٢): «فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة عن طريق التفسير، أو التأويل، تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالغاً في مراعاتها».
والواقع أن ظاهر نص المادة (١/١٥٠) و(المادة) ٨٩) ونصوص المذكرة الإيضاحية لها تؤيد هذا الاتجاه الأخير، ويقول: د. حسين عامر (المصدر السابق ص ٢٤): «ولكن إذا أخذ القاضي بنظرية الإرادة الظاهرة طبقاً لما أراده الشارع في المادة (٨٩) فإنه لا يلزم في تفسير العقد أن يبحث عما ينطوي في سريرة المتعاقدين كما كان يلزم بذلك لو أخذ بنظرية الإرادة الباطنة، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة...».

وهي تعالج تفسير المحررات ـ أن تعتد بما تعنيه دون غيرها، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة»[1].

ومن هنا يمكن القول بأن القانون المصري الجديد وإن كان يأخذ بالعبارة الظاهرة في هذه الفروض (م ١٥٠/١ م.م) لكن باعتبارها الدليل الصادق على الإرادة الباطنة والتعبير الأمين عنها لكنه دليل يقبل إثبات العكس، ولذلك إذا قام الدليل على أن هناك تغايراً بين الإرادتين وجب على القاضي أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون العبارة ولكن مع ذكر الدليل والأسباب، فهو ـ أي القانون الحالي ـ لم يعتد بالإرادة إلا في معدنها الحقيقي حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة لا يشوبها غلط أو تدليس أو استغلال، بل لم يقف اعتداده عند الإرادة والرضا بل تجاوزهما إلى الاعتداد بالباعث الذي كان دافعاً لهما حيث أخــذ بنظرية السبب كاملة[2].

ثم إن آثار الاعتناء بالإرادة الباطنة، أو بالعبارة لا تظهر بوضوح عندما تكون الإرادة الباطنة تتفق مع العبارة ولا تختلف عن مظهرها الخارجي حيث يكون الأخذ بأية واحدة منهما سيان ما دامتا متطابقتين، وإنما تظهر تلك عند الاختلاف، والاختلاف في التشريعات الحديثة لا بد أن لا يصل إلى فقد الإرادة بالكامل كما في حالة عبارة المجنون، أو النائم، أو الصبي أو نحوها، وكذلك لا بد أن لا تكون الإرادة مشوبة بعيب من عيوب الرضا وذلك لأن التشريعات الحديثة ـ كما سبق ـ[3] لا تعتد بالإرادة المفقودة ولا بالإرادة المعيبة، وإنما الاختلاف الذي نعنيه هنا يكمن في مثل ما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها كانت مكتوبة ومعلقة في غرفته ونحو ذلك.

فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية في هذه المسائل هي الاعتداد بالإرادة الباطنة، والنفوذ إلى البواطن النفسية انطلاقاً من أن الأساس عندها هي ما تنطوي عليه النفس، وأما مظهر التعبير فليس إلا قرينة تقبل إثبات العكس، في حين ذهبت النظرية الألمانية الحديثة إلى الاعتداد بالتعبير انطلاقاً من أن الإرادة النفسية لا ينبغي أن يكون لها أثر في عالم القانون الذي يعتمد على الظواهر الاجتماعية لا على الكوامن النفسية

---

(١) نقض مدني في ١٩٧٨/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٤٦٣ سنة ٤٧ قضائية لم ينشر.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٨١٨ ـ ٨١٩)؛ ود. جميل الشرقاوي، في النظرية العامة للالتزام (١/٣٥٤).

(٣) يراجع الفصل الثالث من الباب الأول من هذه الرسالة.

فالذي يجول في القلب لا يمكن للقانون أن يضبطه إلا من خلال التعبير فعلى هذا يجب أن يقف عنـد هذا الحد[1].

وأما القانون المصري الحالي فلم يجمد في الوقوف عند الإرادة الباطنة بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل لكن هذا لا يعني أنه قد وصل إلى القانون الألماني في الاعتناء بالإرادة الظاهرة بل بقي في محيط الاعتناء بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة[2].

وأما القانون الفرنسي فقد ظل على نزعته الذاتية وإن كانت ذاتيته تختلف كثيراً عن الذاتية التي سادت القانون الروماني حيث أجاز النيابة التعاقدية وكثيراً من الأمور التي لم تكن مسموحة بها على ضوء النزعة الذاتية البحتة، لكنه مع كل ذلك لا يمكن الاعتداد بالإرادة الباطنة ما دامت لم يفصح عنها، وليس لها قيمة قانونية إذا لم تظهر إلى الخارج، بل وجودها القانوني يكتمل بالتعبير عنها، وهذا مما لا خلاف فيه في جميع الاتجاهات[3].

غير أن نظرة الفقه والقانون الفرنسيين إلى التعبير على الرغم من ضرورته تكمن في كونه دليلاً يقف دوره عند هذا الحد فإذا ظهر عكس ما عبر عنه فهو المعتبر مهما كانت العبارة صريحة وواضحة، فالفقه الكلاسيكي يعتبر التعبير مجرد عنصر لإثبات الإرادة الباطنة وتسجيل لها، إذن يجب أن يكون العمل القانوني كله مسخراً للكشف عن هذه الإرادة الحقيقية فعلى هذا لا ينبغي للتعبير أن يقف حائلاً دون الوصول إلى أعماق ما في النفس ما دام ذلك ممكناً من خلال القرائن، ولا نسلم أن النية الباطنة لا يمكن الوصول إليها وذلك لأن القضاء يمكنه الوصول إليها من خلال طبيعة العقد والظروف والملابسات الداخلية والخارجية التي تحيطه[4]. وقد ترتب على هذه النظرة

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٢١ ـ ٢٢٣).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/٢٢٥)؛ والمصادر السابقة.

(٣) يراجع: ميرسيا دورما، إعلان الإرادة، دور الإعـلان في تكوين الأعمال القانونية ص (١٧) بند (١٥)؛ وشيفاليه، الإرادة مصدراً للالتزام ص (٥٠)، وفهرس القانون المدني القسم الثاني، الإعلان عن الإرادة بند (٢١) وما بعده؛ مارسيل، المصدر السابق ص (١٣٢)؛ بند (٣٥٨)؛ وبلانبول ووبيير، المصدر السابق (٦ بند ١٠١ ـ ١٠٣)؛ وجينو جورلا، المصدر السابق ص (٢٦ . . .)؛ وجوسران، المصدر السابق بند (٤٨، ٤٩).

(٤) ميرسيا دورما، المصدر السابق بند (١٧ . . .)؛ وفهرس القانـون المدني بنـد (٢١، ٢٢)؛ وشيفاليه، مقاله السابق ص (٥٠ ـ ٥١).

عدة آثار منها أن الأثر القانوني ناشىء من الإرادة النفسية ونتيجة لها، ومنها أن وفاة أحد العاقدين قبل اتصال تعبيره بالآخر، أو فقده الأهلية أو نحو ذلك يحول دون إبرام العقد وإنشائه، ومنها أن تفسير العقود يخضع للبحث عن النية المشتركة دون أن يستطيع اللفظ الصريح أن يقف حائلاً دون ذلك وأن الأساس في التفسير هو الهدف الذي يقصده العاقدان والذي ينكشف من خلال كل ما يتعلق بعملية التعاقد لا باللفظ وحده[1]، فالدور الغالب المهيمن هو للإرادة الحقيقية[2].

وأما القانون العراقي فقد اقتفى في ذلك الفقه الإسلامي في أنه لم يأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى فقد اعتد بالتعبير لتحقيق الارتباط في العقد في مادته (٧٣)، ثم ضمن القاعدة الفقهية المشهورة في مادته (١٥٥) حيث ينص في فقرتها الأولى على أن: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» ونص في فقرتها الثانية على أن «الأصل في الكلام الحقيقية، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز» فهذه المادة صريحة في رعاية الجانبين مع اعتبار القصد هو الأساس[3]. ثم نص في مادته (١٥٦) على أنه: «تترك الحقيقة بدلالة العادة». وفي مادته (١٥٧) على أنه «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح». ونص في مادته (١٥٨) على أن «إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل». وفي مادته (١٥٩) على أن «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»، وفي مادته (١٦٠) على أن «المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة». وفي مادته (١٦١) على أن «الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر» وفي مادته (١٦٢) على أن «السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق». وفي المادة (١٦٣) على أن «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة»، وفي مادته (١٦٤) على أن «العادة محكمة عامة كانت أو خاصة،

---

(١) فهرس القانون المدني بند (٦٤)؛ وبلانبول مع ريبير، المصدر السابق (١٠٩/٦ بند ١٠٣). وقد لخص لنا جوسران (المصدر السابق بند ٤٧ ـ ٤٨) أهم الفروق الجوهرية بين القانون الفرنسي، والقانون الألماني قائلاً: «إن المبدأ في القانون الفرنسي ـ حسب رأى الفقه والمحاكم أيضاً ـ أنه يستطيع مقدم العرض أن يرجع عن عرضه طالما لم يتصل به القبول. . . وأن العرض يسقط بوفاة صاحبه، أو فقدانه لأهليته. . . ، وأما المبدأ في القانون الألماني فهو أن الموجب ملزم بإيجابه مدة تختلف باختلاف الظروف المتعلقة بالعرض وأن العرض سيظل قائماً على الرغم من وفاة أحد العاقدين أو فقدانه الأهلية أو في حالة الأيلولة إلى شخصية معنوية».

(٢) يراجع لتفاصيل هذه المسألة المصادر السابقة جميعها.

(٣) د. مالك دوهان، المصدر السابق (١٣٢/١).

واستعمال الناس حجة يجب العمل بها». وفي مادته (١٦٥) على أنه «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر». وفي مادته (١٦٦) على أنه «يفسر الشك لمصلحة المدين»[١].

فهذه المواد التي تحكم قواعد التفسير في القانون العراقي مقتبسة من الفقه الإسلامي بل هي القواعد العامة المعتبرة فيه، كما أنها تتفق مع مواد المجلة: (٣، ١٢، ١٣، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٤٠، ٤٣، ٤٥، ٦٠، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥).

وأما القانون الإنجليزي فلا يعتد بالقصود والنيات وإنما يركن نحو الاعتماد على الظاهر المحسوس، فالعقد كما سبق يتكون من الإيجاب والقبول ومن المقابل في العقود العرفية، أو الشكل في العقود الرسمية فهذا القانون لا يعطي القوة والسلطة للوعود إذا كانت مجردة عن المقابل أو الشكل، ولذلك فإن المظهر الخارجي والمادي للإرادة هو العنصر الأساسي في تكوين العقود، دون الجانب الداخلي والنفسي، ولذلك رأينا قلة تأثير الغلط في قيام العقد ـ كما سبق[٢].

وعلى هذا يمكن القول بأن القانون العام الإنجليزي يشبه القانون الألماني في الاعتداد بالمظهر الخارجي دون البحث عما في أعماق النفس وإن كانا يختلفان من حيث المصدر والتكييف، فالقانون الإنجليزي لا يعتد بالنظريات العامة، ولذلك لا ينبغي عند القول بوجود تشابه بينه وبين نظام آخر الحكم بما يترتب على الأخير من نتائج وآثار[٣].

فقد صرح القاضي (L. Hand) بأن «العقد بالمعنى الدقيق لا علاقة له بالنية الشخصية للأطراف فهو رابطة متوقف قيامها بقوة القانون على بعض أفعال الأطراف...»[٤] ويقول وليستون: «وتاريخ القانون العام قد يعارض أيضاً الاستناد على

(١) يراجع في تفصيل ذلك: د. الحكيم، المصدر السابق (٦٢/١، ٣٣١...)؛ ود. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (٩٠/١، ٣٤٦)؛ والأساتذة: الحكيم والبكري والبشير، الوجيز في نظرية الالتزام (٣٢/١، ١٥٣)؛ ود. مالك دوهان، المصدر السابق (١٣٤/١).

(٢) يراجع ص (٩١٩ ـ ٩٤٢) من هذه الرسالة.

(٣) يراجع: ولسون، المصدر السابق (١٤...)؛ وشيتي، المصدر السابق (١٩ بند ٤١)؛ ووليستون، المصدر السابق ص (٢١)؛ وترايتيل، المصدر السابق ص (٧٠).

(٤) جاء ذلك بمناسبة النظر في قضية:

Hotchkiss V. Nat City Bank, 200 Fed. 287, 293.

انصراف النية إلى الرضاء بل يميل إلى الاعتماد على المقابل، وأن هناك ثمة ما يبرر الاعتماد في هذه الحالة على الكلمات، أو النصوص، أو الأفعال، ولم يكن هناك تأكيد على مسألة النية والرضاء حتى النصف الثاني من القرن التاسع عشر وربما كان قد تأثر الفقه الإنجليزي... بكتابات الفقيه سافيني في اشتراط النية والرضا...، التي وجدت صداها في القانون الأنجلو أمريكي فيما بعد، ولكن لهذا الرأي معارضون كثيرون»[١]، فالقاعدة العامة التي استقرت هو الاعتماد على التعبير المادي المحسوس حيث لا يعطي الأهمية القصوى للنية الدفينة، وأن العبارة الظاهرة يفترض فيها كونها معبرة عن هذه النية، لكن ذلك لا يعني إلغاء الجانب النفسي حيث إنه يعتد به أيضاً، فهذا القانون كما سبق لا يعتد بعبارة من فقد أهليته، أو شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة على ضوء ما سبق[٢]، بل أكثر من ذلك يبحث القضاء عن النية المشتركة بقدر الإمكان في الحالات التي تتطلب ذلك[٣].

الموازنة والتحليل

تبين لنا من خلال هذا الفصل أن هناك نزعتين أساسيتين هما النزعة الذاتية والاعتداد بالإرادة الباطنة، والنزعة الموضوعية والاعتداد بالتعبير (الإرادة الظاهرة) وبينهما اتجاهات مفترقة. فكان القانون الروماني وإن لم يعترف بسلطان الإرادة ـ لكنه يمثل النزعة الذاتية المحضة ـ وأما القانون الفرنسي فهو يمثل هذه النزعة مع إجراء نوع من التخفيف عليها، كما تبنى نظرية الإرادة الباطنة، على عكس النظرية الألمانية التي تبنت الاعتماد على التعبير المادي المحسوس (الإرادة الظاهرة) والقانون المصري أخذ من هذا وذاك، والقانون العراقي انحاز نحو الفقه الإسلامي فاقتبس منه القواعد الفقهية الإسلامية ليضمنها في قواعد تفسير العقد. وأما الفقه الإسلامي فقد كان فيه اتجاهان رئيسيان أولهما اتجاه الحنفية والشافعية القائم على ظاهر العبارة دون الاعتداد بالقصود الباطنة والبواعث والنيات في حين كان اتجاه المالكية والحنابلة ومن معهم يسير نحو الاعتماد الكامل على الرضا الباطن بل على القصود والنيات لكن ذلك لا يعني إلغاء مدلولات الألفاظ، بل اعتدوا بمدلول الألفاظ الصريحة حيث لا تحتاج فيه إلى النية،

---

(١) وليستون، المصدر السابق ص (٢١).

(٢) يراجع الفصل الثالث من هذه الرسالة.

(٣) شيتي، المصدر السابق بند (٤٢).

وهذا هو الذي رجحناه حيث يعتد بالرضا الباطن كأساس، وبالتعبير كدليل ظاهر يحمل على مدلوله لا يعدل من معناه إن كان صريحاً على ضوء التفصيل الذي ذكرناه.

ومن هنا فالفقه الحديث باتجاهاته لا يخرج ـ من حيث العموم ـ عما أقره الفقه الإسلامي من خلال مدارسه الفقهية المتنوعة، كما أن جميع الاتجاهات متفقة على عدم إلغاء الرضا البتة، والاعتناء باللفظ وأنه لولاه لما أمكن إنشاء الأثر، لكن الخلاف في التغليب عند الاختلاف بين الرضا ودليله.

* * *

خاتمة الرسالة

بعد أن عشنا مع مواد هذه الرسالة بضع سنوات، وسرنا مع خطواتها سيراً حثيثاً اقتضته طبيعة البحث المتشعبة، ووعورتها آن لنا أن نراجع ما استهدفنا تحقيقه من خلالها: هل حققت ما كنا نصبو إليه؟.

في تقديري أنها قد حققت ذلك بفضل الله تعالى وعونه وتوفيقه لنا حيث قامت بتأصيل مبدأ الرضا فبينت ماهيته وأوضحت رسومه، وميزته عن بقية الكيفيات النفسية الأخرى كما أنها قامت ببيان أركانه وشروطه، ودليله، ومكانته في العقود، وقدرته على الإنشاء سواء كان منفرداً، أو مزدوجاً، ومدى قوته في ترتيب الآثار وتحديدها بشكل مستفيض اتبعت في كل ذلك المنهج العلمي القائم على البحث والتحري، وإنشاد الحق والراجح دون تعصب لقائل معين ـ وإنما جعلت ما يعضده الدليل المعتبر رائدي ومذهبي، ولقد سلكت في سبيل ذلك ـ بخصوص الجانب الشرعي ـ منهجاً قائماً على الرجوع ـ أولاً ـ إلى كتاب الله وسنة رسوله باعتبارهما المصدرين الأصليين والينبوعين الأساسيين للفقه الإسلامي فكنت أراجع في كل مسألة ما يتعلق بها من آيات كريمة، وأحاديث شريفة ثم كتب الفقه الأصلية، وأصول الفقه ونحوهما مما يتعلق بالموضوع، ومن هنا جاءت الآيات، والأحاديث التي اعتمدنا عليها في هذه الرسالة تزيد على ثلاثمائة، وكان منهجي في الاعتماد على الحديث الشريف أن أخرجه في مصادره المعتبرة مع بيان قوته، أو ضعفه، ومدى نهوضه حجة أم لا على ضوء أقوال علماء الجرح والتعديل.

فلقد كان تأصيل «الرضا» على المنهج الذي ذكرته لم يكن بالأمر الهين سواء كان بالنسبة للجانب الشرعي، أو الجانب القانوني حيث درج الفقه الوضعي التقليدي ـ حسب إطلاعي ـ على أن يذكر في مبحث الرضا عيوبه دون أن يقوم بتأصيله وبيان

أركانه وشروطه، وتبعه في ذلك أكثر الكتاب الإسلاميين، فلم أطلع على من تصدى إلى هذا التأصيل المتكامل على الرغم من أن الرضا هو أحد الأركان الرئيسية للعقود المالية باتفاق الفقهين إن لم يكن ركنها الوحيد ـ كما سبق.

وها أنذا أذكر أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث بهذا الصدد:

ففي الجذر الأول من الباب التمهيدي توصل البحث إلى أن مبدأ الرضائية (سلطان الإرادة) لم يكن معترفاً به في القانون الروماني ولم يصل إليه ـ كقاعدة ـ طوال كل عصوره، وأن الأنظمة القديمة ـ كالنظام المصري القديم (العصر الفرعوني)، والشرائع المسمارية (قانون حمورابي، والقانون الآشوري)، لم تصل أيضاً إلى إقرار هذا المبدأ واعتناقه، ومن هنا جاء الإسلام بهذا المبـدأ العظيم فأقرته آيات قرآنية كريمة وأحاديث نبوية شريفة.

وفي الجذر الثاني من هذا الباب توصل البحث إلى تعريف مختار للعقد بعد أن ناقش التعاريف الواردة له حيث تبين أن العقد في عرف الفقهاء أعم من العقد في عرف الفقه الوضعي، فالعقد في نظر الفقه الإسلامي يشمل كل ما عقد الإنسان العزم عليه سواء كان له مقابل أم لا. وهذه النظرة نابعة من الصبغة الدينية التي صبغت بها العقود في الشريعة الغراء على عكس القانون الروماني الذي لم يعترف بالالتزام الناشىء عن الإرادة إلا إذا كان مفرغاً في شكل خاص ـ كقاعدة خاصة ـ وعلى عكس القانون الفرنسي الذي اشترط لتحقيق الالتزام وجود السبب، والقانون الإنجليزي الذي اشترط لتحقيقه وجود مقابل أو شكلية. ثم إن التعريف المختار للعقد ـ في نظرنا ـ بمعناه الخاص هو «التزام ناشىء عن ارتباط الإيجاب بالقبول».

وفي نطاق الجانب القانوني وجدنا أن القانون الروماني لم يُعَرِّف العقدَ في عصوره الأولى بل لم تكن هذه الكلمة بمعناها الفني المعروف معروفة عنده إلا في وقت متأخر جداً، في حين عرَّفه القانون الفرنسي والعراقي بمعناه الفني، لكن التشريع المصري الحالي ترك تعريفه بناء على أن التعريف ليس من صميم عمل المشرع، كما أن القانون الإنجليزي لم يعرفه بناء على أن هذا القانون لا يريد الخوض في النظريات العامة، وقد ثار جدل حول علاقة العقد بالاتفاق فرجحنا عموم الاتفاق مهما عممنا من مفهوم العقد في الفقه الوضعي الحديث.

وعند استعراضنا لنزعات التعاريف الواردة في الفقه الإسلامي، والفقه الوضعي استبعدنا وصف نزعة الفقه الإسلامي بالنزعة الذاتية المحضة، أو بالموضوعية البحتة،

بل هو ـ كمبدأ ـ أخذ بالتوسط بينهما بما يحقق العدالة والاستقرار في التعاقد معاً، كما أن المذاهب الفقهية يمكن أن توصف نزعة بعضها ـ كالحنفية ـ بالنزعة الظاهرية، أو المادية لكن لا علىٰ تفسيرها بالمحل، بل على تفسيرها بالمحسوس، وهو الصيغة، في حين يظهر من تعريف القانون الفرنسي نزعته الذاتية، وفي القانون الإنجليزي المذهب المادي.

وفي نطاق التقسيمات التي أوردها الفقهاء المسلمون، والتي قد تصل عند بعضهم إلى أكثر من أحد عشر تقسيماً يمكننا القول على ضوئها باستنتاج نظرية متكاملة للعقود، وقد أسهبنا القول في تقسيم العقد باعتبار وصفه الشرعي حيث يحتل أهمية كبيرة وثار حوله جدل فقهي كبير، فقد جرى خلاف كبير حول تقسيمه بهذا الاعتبار: هل هو ثنائي، أم ثلاثي، أو رباعي، وقد رجحنا كون العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح، وأن مصطلح «الموقوف» لم يختص به الحنفية بل استعمله المالكية والشافعية، والحنابلة وغيرهم، وأنهم متفقون على أن الأصل في العقود الصحة واللزوم لكن الخلاف الحامي بينهم حول تقسيم العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد حيث أقره الحنفية، ونبذه الجمهور الذين أبوا إلا أن يكون الباطل والفاسد مترادفين، وقد حررنا محل النزاع، حيث إن الخلاف ليس في الحرمة وإنما ترتب على الأثر الظاهري، كما ناقشنا بعض الأحناف في قولهم: إنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده، وسبب ذلك وتوجيهه وقد انتهينا إلى أن هذا الكلام غير دقيق على إطلاقه، بل الرأيان نابعان من خلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه، ورجحنا القول ببقاء التفرقة بين باطل النكاح وفاسدة. ثم أرجعنا الخلاف بين الحنفية، والجمهور إلى أصل من أصول الفقه اختلف فيه الفريقان فانبثق منه هذا الخلاف الفرعي، وهو أن النهي هل يقتضي فساد المنهي عنه مطلقاً أم فيه تفصيل، وقد انتهينا بعد عرض الآراء والأدلة والمناقشة إلى ترجيح رأي القائلين بأن النهي عن وصف لازم للشيء يفيد بطلانه وأن العقد الفاسد لا يترتب عليه الآثار الشرعية.

وقد ثار نقاش آخر حول كون الخلاف بين الجمهور، والحنفية لفظياً أم معنوياً، وكان موقفنا في ذلك التفرقة بين نظرة الأصوليين ونظرة الفقهاء، ففي نطاق الأصول نرى أن الخلاف يمكن أن يوصف بأنه لفظي، أما في نطاق الفقه الذي يبحث عن الفروع والآثار فالخلاف معنوي وجوهري تترتب عليه آثار خطيرة.

وقد أدى بنا البحث في الكتب الفقهية لغير الحنفية إلى أن هذه التفرقة بين الباطل والفاسد توجد عند الجمهور أيضاً لكنهم لم يرتبوا على الفاسد ما رتبه الحنفية

عليه ولا سيما في نطاق القبض حيث إن القبض في العقد الفاسد يفيد الملك ـ كمبدأ ـ عند الحنفية دون غيرهم.

وفي الفصل الأول من الباب الأول أثرنا قضية ماهية الرضا وحقيقته في اللغة، والفقه الإسلامي، والقانون، فقد انتهينا بعد استعراض معاني «الرضا» واشتقاقاته في كتب اللغة إلى الفرق بين الرضا ـ المقصور ـ والرضاء ـ الممدود ـ والتراضي، حيث إن الأول مصدر له ماهية مجردة دون الدلالة على كونها واقعة مزدوجة في حين أن الثاني اسم مصدر أو مصدر باب المفاعلة، وأما الثالث فهو يدل على رضاءين مزدوجين.

وقد تطرقنا إلى الآيات الكريمة وبعض الأحاديث التي ذكر فيها لفظ «رضى» ومشتقاته فوجدنا أن معانيه فيها لا تخرج عن معانيه اللغوية. وقد اقتضت طبيعة البحث عن الرضا في الاصطلاح الشرعي إلى بحثه في كتب الفقه والأصول، وعلم الكلام كما اقتضى كون الرضا إحدى حلقات الكيفيات النفسية أن يبحث معه الكيفيات القريبة أو المرادفة له كالإرادة، والاختيار، والنية وقد وصلنا إلى التعريف الراجح لكل واحدة منها، ثم أعقبنا ذلك بما قاله علماؤنا حول مراحل تلك الكيفيات حيث سبقوا في ذلك أيضاً ما قاله جهابذة علم النفس في العصر الحديث.

وقمنا بتحديد العلاقة بين الرضا والإرادة، وبينه وبين النية أو الاختيار، ورأينا خلافاً كبيراً حول العلاقة بين الرضا والاختيار فذهب الحنفية إلى التفرقة بينهما في حين قضى الجمهور بكونهما مترادفين، وقد بينا وجهة نظر الفريقين مع الأدلة والمناقشة حيث انتهينا إلى ترجيح رأي الجمهور القائلين بعدم التفرقة بينهما.

وقد بينا بوضوح أن هذا الخلاف بين الحنفية والجمهور ليس خلافاً لفظياً بل خلاف جوهري ترتبت عليه آثار كثيرة ظهرت في عقود المكره، والمخطىء، والسكران، والغافل، والساهي ونحوهم، بل إن الحنفية صنفوا العقود على ضوء نظرتهم إلى الرضا والاختيار وقد قمنا بتحليل رأيهم بهذا الخصوص وجذوره التي انبثق منها هذا الأمر، فانتهينا إلى أن القاعدة الأساسية لديهم هي أن العبارة الصادرة عن عاقل بالغ هي الركن الأساسي للعقود، وقد وصل بنا البحث إلى الكشف عن منبع هذه القاعدة فوجدناه يتفتق من أصول مذهبهم في شدة الاعتبار بكل ما يصدر عن العاقل، وعدم هدره، وقد ذكرنا بعض مظاهر هذه القاعدة.

وعند النظر في التعاريف التي أوردها الحنفية للرضا والاختيار، وجدناها معيبة حيث لا تتفق مع ما ذكروه من آثار فرعية، وقد انتهينا إلى أن السادة الحنفية فرقوا بين

ثلاثة أمور هي: العبارة الصادرة ممن له الأهلية، وقصد العبارة والأثر، وأنهم أعطوا لكل واحد منها دوره الخاص على ضوء العقود والتصرفات المختلفة، وقد ثار إشكال على ضوء النتيجة التي توصلنا إليها وبين ما تقضي به القاعدة الفقهية لدى الحنفية من أن مبنى العقود على المعاني؟ فكان الجواب هو أن المراد بالمعاني هنا هو معاني الألفاظ، كما أثير حول ما أسندناه إلى الجمهور اشكالان أمكنا دفعهما.

وبعد ما أثير حول هذا الموضوع من جدل ونقاش رسا التعريف المختار للرضا على أنه هو القصد المتجه نحو ترتيب الآثار، وأنه لا فرق بين الرضا والاختيار.

وفي نطاق تعريف الرضا في القانون وجدنا أن الفقه والقضاء لما رأيا أن آثار الرضا إنما تظهر عند ظهوره في الخارج واتصال إرادة أخرى به قيدوه بكونه التوافق بين إرادتين على إنشاء أثر قانوني غير أن بعض الفقه الحديث ذكر أن المادة (١١٠٨م. ف) قد استعمله بمعنى الإرادة، في حين أن غالب الفقه في مصر والعراق لاحظ الجانب اللغوي للرضا، ففرق بينه وبين التراضي، لكن بعض الفقه ظن أن الرضا هو التراضي وقد قمنا برده. وقد ذكرنا أن ترتيب الآثار ليس من حقيقة وضعه غير أن الفقه قد أدخله فيها بناء على أنه لا اعتداد بقصد لم يتجه نحو ترتيب الآثار، وهذه النية وإن كانت يكتنفها غموض لكن القرائن والظروف التي تلابس عملية التعاقد قد تميز نية ترتيب الأثر عن غيره، بحيث إذا لم تتحقق هذه النية لم يتم العقد وقد ذكر البحث أن القانون الإنجليزي والفقه السائد فيه لا يبحثان عن النية والرضا الباطن، فعلى هذا فالرضا هو ـ كمبدأ ـ هو التعبير لكن بعض القضايا الحديثة تؤكد على اعتبار نية إنشاء الأثر.

وفي الفصل الثاني تصدينا لأركان الرضا في الفقه الإسلامي والقانون حيث وصلنا إلى أن أركانه تنحصر في التمييز والقصد، فالتعريف المختار للقصد هو: العزم المتجه نحو إنشاء التزام، ثم إن التمييز هو مناط الأهلية، وهي لها مرحلتان: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء، وكل منهما إما كاملة، أو ناقصة، وقد ثار جدل في مدى الحاجة إلى إثبات الذمة لكن الذي عضده الدليل هو القول بإثباتها، وعند تعرضنا للجانب التطبيقي لعلاقة الأهلية بالرضا قسمنا مراحل الأهلية وبالتالي مراحل الرضا إلى أربع مراحل حيث إن الرضا لا يتحقق في طور كون الإنسان جنيناً، وفي طور الولادة إلى التمييز، أما الرضا في المرحلة الثالثة، وهي طور التمييز فهو يمكن أن يتحقق، وهل يعتد به؟ هذا ما ثار فيه الخلاف، وقد انتهى البحث بعد تحرير محل النزاع والأدلة والمناقشة إلى ترجيح صحة تصرفات الصبي إذا كانت فيه مصلحة ظاهرة.

وأما الرضا المتكامل فهو يتحقق بعد تحقق البلوغ والرشد للإنسان وتستمر معه ـ إن لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية ـ إلى أن يموت، بل تبقى ذمته مشغولة بعد الموت على الراجح إلى أن تؤدي عنه التزاماته لورود أحاديث صحيحة بهذا الخصوص.

وقد ثار خلاف فقهي في تحديد سن البلوغ وعلاماته، وانتهى البحث إلى ترجيح قول الجمهور بهذا الخصوص. كما ثار خلاف أكثر عمقاً في تحديد المراد بالرشد هل هو صلاح في المال، أي قدرته على تثمير المال وإصلاحه فقط؟ وقد أضاف الشافعية والظاهرية إلى ذلك الصلاحَ في الدين، وقد انتهى البحث إلى أن معيار الرشد هو القدرة على صلاح الأموال وحفظها وتثميرها فيما ينفع الأمة باعتبار أن المال وظيفة اجتماعية.

ثم إن جماهير الفقهاء على عدم التفرقة بين الرجل والمرأة في الأهلية والرضا، إلا أن الإمام مالكاً ذهب إلى أن البالغة ذات الأب لا تتحقق لها الأهلية الكاملة إلا بعد زواجها ودخول الزوج بها، أو عنسها، وقد انتهى البحث إلى أن هذا الخلاف خلاف عصر وأوان لا خلاف حجة وبرهان، حيث إن الأدلة طافحة بإثبات عدم التفرقة بينهما في هذا الخصوص، غير أنه ثار خلاف آخر في مدى استطاعة المرأة في إنشاء عقد النكاح، وقد انتهى البحث بعد عرض الآراء والأدلة والمناقشة والترجيح إلى عدم جواز قيام المرأة بإنشاء عقد النكاح على نفسها أو على غيرها، وإلى عدم جواز قيام الولي بإنشاء العقد عليها دون رضاها الكامل ما دامت عاقلة بالغة. فالأدلة من الكتاب والسنة تدل بصراحة ووضوح على هذين الأمرين فالنكاح لخطورته يشترك في إنشائه الولي والزوج والزوجة، فأي خلل في رضا أحدهم يؤدي إلى الإخلال به، فإن لم يكن لها ولي فالقاضي ولي من لا ولي له.

ثم إن الرضا إذا عرض له عارض فإما أن يكون بإعدامه كالجنون، والإغماء والنوم فلا خلاف في أنه لا يبقى صالحاً لإنشاء الأثر الشرعي، غير أن هناك عوارض أخرى لا تصل إلى إعدام القصد وبالتالي الرضا، بل يؤدي إلى إحداث خلل فيه، كالعته الذي بقي معه نوع من التمييز، والسفه والسكر، فتلك مثار الخلاف بين الفقهاء.

فبخصوص السفيه اختلف فيه الفقهاء في مدى جواز الحجر عليه أم لا. وقد انتهى البحث بعد عرض الآراء والأدلة والمناقشة والترجيح، وتحرير محل النزاع، والاستعانة بموارد لفظ السفه في القرآن الكريم والسنة المشرفة وكتب اللغة إلى ترجيح

رأي القائلين بجواز الحجر عليه، والوصول إلى تعريف راجح للسفيه الذي يحجر عليه وهو: خفيف العقل، سريع الحكم، غير قائم على أمواله.

وفيما يتعلق بالسكران فقد اختلف في تكليفه الأصوليون والفقهاء، فالذي انتهى إليه البحث هو الفصل بين حالات السكر بعد تحرير محل النزاع وعرض الآراء والأدلة والمناقشة وترجيح أن السكران الذي لا يعلم ما يقول لا يعتد بتصرفاته القولية مطلقاً.

وقد أثار البحث موضوع مدى اختصاص الإنسان بالأهلية، والشخصية القانونية، وانتهى البحث ـ بعد استعراض لكيفية عملية ولادة الشخصية المعنوية في القانون، التي تمت بحيلة قانونية لم يحتج إليها الفقه الإسلامي، وما أثير حول اعتبارها من قبل الباحثين الإسلاميين من جدل ـ إلى أن الصبغة الدينية للفقه الإسلامي قد حالت دون ظهور هذه الشخصية لغير الإنسان، باعتبار أن الذي يلتزم بالحقوق والواجبات أمام الإنسان هو نفسه لا بد أن يكون مكلفاً أمام الله تعالى، ولكنه استطاع علاج جميع الآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية في القانون بأسلوبه الخاص ومنهجه الذي التزم به، لكن ذلك لا يعني حظر القول بجواز ذلك في عصرنا الحاضر، غير أنه لا بد عند تقريرها من ملاحظة قواعد الشريعة التي تخص حقوق الناس وواجباتهم، وعدم السماح للتهرب عن المسؤولية تحت غطاء أي اسم كان.

وفي نطاق أركان الرضا في القانون استطعنا أن نستشف ركني الرضا ـ القصد والتمييز ـ من الأحكام القضائية، ومن الفقه، حيث قمنا باستعراض آراء القانون والفقه في مصر والعراق وفرنسا، وإنجلترا بالإضافة إلى القانون الروماني بخصوص هذه المسائل. وقد انتهى البحث إلى نقد القانون المصري في تفرقته في الحكم على بطلان تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم، وبعده، وقد وجدنا مستنداً لنقدنا له في بعض الأحكام القضائية وإلى التفرقة بين عوارض الأهلية، وبين موانعها القانونية.

ثم إن الاعتراف بالذمة المالية للإنسان في القوانين الوضعية ليس أمراً هيناً حيث كانت تستصعبه، بل ادعى البعض أنها لم تظهر إلا على يدي الفقيهين الفرنسيين: أوبرى، ورو. غير أن هذا الحكم العام قد جانبه عدم الدقة حيث إن الفقه الإسلامي قد بحث موضوع الذمة المالية بحثاً مستفيضاً قبلهما بعدة قرون.

وقد أثار البحث ما وجه إلى النظرية التقليدية للذمة من انتقادات عنيفة غير أنها بعد العرض والمناقشة تبين أنها لم تستطع أن تدك بنيانها وإن كانت قد أثرت فيها في بعض النواحي.

وقد كان من نتائج هذا الفصل العامة أن الفقه الإسلامي قد أولى عناية فائقة بالأهلية بشطريها عناية فاق فيها كل التشريعات الحديثة، كما أنها قد سبقت في تقرير الذمة المالية كل التشريعات الحديثة، ومن جهة ثانية امتاز عن القوانين: الروماني، والفرنسي، والإنجليزي، في أخذه بالتقسيم الثلاثي لتصرفات الصبي، في حين أخذت هذه القوانين جميعها بالتقسيم الثنائي، ولا يخفى ما في التقسيم الثلاثي من دقة وعمق ويحقق المصلحة المرجوة وبالإضافة إلى ذلك فقد ظهر أن القانون الروماني لم يعط الأهلية الكاملة للمرأة طيلة أدواره القانونية، كما أن التوطن والجنسية الرومانية لهما تأثير كبير في تحقق الأهلية حتى للرجل فليس لغير الروماني من أهلية كاملة، وحتى القانون الفرنسي لم يقر الأهلية الكاملة للمرأة إلا في فترة متأخرة جداً في حين أن الشريعة الإسلامية قد أقرت لها الأهلية الكاملة منذ نزولها لهداية الناس.

وفي الفصل الثالث تناول البحث موضوع شروط الرضا فاهتدى إلى أن شروطه تنحصر في كونه سليماً، وأن سلامته لا تتحقق إلا إذا كان حراً متنوراً، ونعني بكونه حراً أن يكون طليقاً لا يشوبه ضغط ولا إكراه، وأن لا يكون مقيداً بمصلحة أحد كرضا المريض والدائن، ونعني بكونه متنوراً أن يكون واعياً وعلى هدى وإدراك لما يتعلق بالتصرف الذي يقدم عليه، فلا يكون هناك شيء قد حال دون درك حقيقته من جهل أو تدليس، وتغرير وتحايل، أو استغلال، أو غلط.

وقد عرض البحث ما يتعلق بالإكراه فاختار من بين تعاريفه الكثيرة: أنه تهديد القادر غيره بضرر على أمر يكرهه بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدده به لما أقدم عليه، ثم بين معيار الإكراه الذي يتألف من عنصرين: مادي ومعنوي، وقد ثار جدل حول تحديد العنصر المادي وانتهى البحث إلى ترجيح كونه تهديداً بأذى يحدث خوفاً.

وقد تطرق البحث إلى التفرقة بين الإكراه والإلجاء فوصل إلى أن الفرق بينهما من عدة وجوه، وقد نعى البحث على من خلط بين مصطلحات كل فريق دون ملاحظة ما يترتب على ذلك من آثار، ثم عرج نحو التفرقة بين الإكراه والاضطرار فوصل إلى أنهما شيئان مختلفان من حيث الماهية والحكم وإن كانا متقاربين.

وبعد أن بين البحث حقيقة الإكراه وتمييزه عن غيره تطرق إلى أركان الإكراه وشروطه، وأقسامه عند المذاهب الفقهية وانتهى بعد مناقشات تقسيماته عندهم ونقدها إلى تقسيم مختار لنا وهو أن يقسم إلى أربعة أقسام وهي:

١ ـ الإكراه التام المباشر كالتهديد بإتلاف نفس المكره ونحوه.

٢ ـ والإكراه التام غير المباشر كالتهديد بإتلاف نفس من يؤثر أذاه فيه كأبيه، أو شخص عزيز عليه.

٣ ـ الإكراه الناقص المباشر كالتهديد بضرب المكره ضرباً لا يفضي إلى الموت.

٤ ـ الإكراه الناقص غير المباشر كالتهديد بضرب من يؤثر أذاه في المكره. وقد ذكرنا المعيار الدقيق لكون الإكراه تاماً أو ناقصاً، ولكونه مباشراً أو غير مباشر، ثم عرجنا نحو أثر الإكراه وتطبيقاته في العقود، وانتهى البحث بعد استعراض الآراء، وأدلتهم ومناقشتهم إلى ترجيح الرأي القائل بأثر الإكراه في العقود مطلقاً سواء كانت من العقود الشخصية أو المالية.

وفي نطاق أثر الإكراه في العقود في القانون تطرقنا إلى موقف القانون الروماني السلبي حيث لم يعتد به ـ كمبدأ ـ باعتبار أن الأساس في العقود هو الشكلية، لكنه كان يعتبره جريمة مدنية توجب التعويض، ثم استطاع البريطور أن يمنع دعوى جنائية لمن وقع عليه الإكراه يستطيع من خلالها الحكم على الجاني بالغرامة. وأما الفقه الحديث فقد درج على تقسيم الإكراه إلى إكراه مادي ينعدم فيه الرضا بالكامل، وإلى إكراه معنوي يحتل فيه.

وقد ثار جدل في الفقه الفرنسي حول مدى تطبيق قواعد الإكراه على حالة الضرورة؟ فقد كان شراح القرن التاسع عشر يرجحون عدم إدخال حالة الضرورة في حالات الإكراه، وقد تردد القضاء بهذا الخصوص، وأما التشريع في مصر والعراق فلم يشر إلى هذه المسألة لكن غالب الفقه فيهما جنح نحو توسيع نطاق الاستغلال ليشمل حالات الضرورة والاضطرار.

وقد ناقش البحث عدة تقسيمات فقهية مثل تقسيم الإكراه إلى مادي وحسي، فانتقدها، وبين أن سببها يعود إلى التأثر ببعض الأفكار الرومانية.

ثم إن معيار الإكراه في القانون المصري والعراقي ذاتي في حين خلط القانون الفرنسي بينه وبين المعيار الموضوعي، لكن الفقه يميل إلى ترجيح كفة المعيار الشخصي على المعيار الموضوعي.

وقد ثار الخلاف في تأثير التهديد بإيقاع الأذى على الغير في القوانين؟ فذهب القانون المصري إلى إطلاق كلمة «غيره» لتشمل كل الحالات التي تكون مؤثرة في إرادته ورضاه حسب الظروف والأحوال وحسب تقدير القاضي، وأما القانون الفرنسي فقد حدد الغير بزوجته، أو زوجها، أو على فروعه، وأصوله لكن الفقه في فرنسا لم

يقف عند هذا الحد بل وسع نطاقه ليشمل كل ما هو عزيز عليه، وكذلك الأمر في العراق حيث ذكر القانون أمثلة للغير، لكن أغلب الفقه وسع هو الآخر في مفهوم الغير، وهذا التوسع هو ما رجحناه بشرط أن يؤثر وقوع الأذى على الغير في رضاه.

وقد اشترط القانون المصري أن يتصل الإكراه بعلم المتعاقد الآخر في حين لم يشترط ذلك القانون الفرنسي، كما أن القانون العراقي لم يتطرق ألى هذه المسألة بل تركها لتقدير الفقه والقضاء، ليحكما على ضوء قواعد الشريعة الغراء التي لا تشترط مثل هذا الشرط، كما أنه في نظرنا لا يتفق اشتراطه مع اعتناق القانون المصري مبدأ سلطان الإرادة والاعتناء بالإرادة الباطنة.

وقد عالج القانون الإنجليزي مسائل الإكراه تحت عنواني الإكراه، وممارسة النفوذ غير الواجب، ولم يشترط كون الإكراه صادراً من أحد العاقدين، أو العلم به، كما أنه يختلف عن القوانين السابقة في تفسير كون التهديد غير مشروع حيث يعتد بالوسيلة فقط في حين أن القوانين السابقة اشترطت في تحقق الإكراه كون الغرض غير مشروع.

وقد تبين لنا من خلال الموازنة أن الفقه الإسلامي قد أخذ بالمعيار الشخصي - أي رعاية أحوال المكره في تأثير الخوف فيه - وهذا ما أخذ به القانون المصري، والعراقي، والإنجليزي. وأما القانون الروماني فقد أخذ بالمعيار الموضوعي - أي نوعية جسامة التهديد - وأما القانون الفرنسي فقد خلط بين المعيارين مما جعله مثاراً لانتقادات شديدة من جانب الفقه. وقد كان القانون الإنجليزي يُضيِّق مفهومَ الإكراه بحصره على التهديد بأذى على الجسم لكن قضاء العدالة قد وسع من مفهومه حتى يشمل جميع مسائل الإكراه في الفقه الفرنسي وزيادة. وقد كان تأثير الشريعة على القانون العراقي في الإكراه واضحاً حيث أخذ برأي مالك وزفر، فجعل جزاء الإكراه الوقف وعدم النفاذ في حين اتجه القانون المصري نحو اتجاه القانون الفرنسي فجعل الجزاء على الإكراه قابلية العقد للبطلان.

وقد ظهر لنا أن الفقه الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الإكراه بحق لا يؤثر، أو لا يسمى في الحقيقة إكراهاً، فالإكراه الذي يؤثر هو ما كان غير مشروع. وقد رأينا أن المادة (١٢٨ م.م) قد خالفت جمهور الفقه الإسلامي، والقانون الفرنسي في اشتراط علم المتعاقد الآخر في حالة وقوع الإكراه من غير المتعاقدين، وإن كان هذا الرأي يتفق مع رأي مرجوح داخل المذهب المالكي لكنه يختلف معه أيضاً في الجزاء حيث إن جزاء الإكراه في فقه مالك هو عدم اللزوم والنفاذ في حين أن الجزاء في

القانون المصري قابلية العقد للإبطال، ولذلك نوصي بحذف هذا الشرط إذ يمكن التحايل على ضوئه للوصول إلى مآرب غير مشروعة، إذ بإمكان العاقد الآخر أن يكلف آخر بتهديد المتعاقد معه بالتعاقد، ويُحكِمَ الحيلة بشكل لا يَظْهَرُ أمام القضاء علمهُ به، أو أن يفرض العلم. كما أن هذا الشرط لا يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة الذي اعتنقه التشريع المصري.

ونلاحظ على المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي بأنها تناولت أموراً خارجة عن نطاق مهمته ولذلك نرى حذفها والاكتفاء بالمادة (١١٥) وبقية مواده، كما أن المادة (١١٦ م. ع) معيبة، وكذلك المادة (١٢٧ م. م) حيث تناولت بعض تفصيلات لا تليق بمهمة المشرع. وقد بينا أيضاً أن المادة (١١١٢) من القانون الفرنسي معيبة حيث اشترطت كون الأذى حالاً ولذلك خرج الفقه عن منطوقها صراحة ولم يشترط كونه كذلك. ثم إن البحث حاول جاهداً وضع معيار دقيق وتكييف علمي بعد به عن الخلط واللبس الذي وقع فيه بعض الفقه.

ثم إن الرضا إنما يكون حراً إذا كان غير مقيد بمصلحة أحد، وقد تناول الفقه الإسلامي تطبيقاته التي وجدناها في رضا من كان في حالة الخوف من الهلاك سواء كان مريضاً مرض الموت أو كونه أسيراً عند من يقتل الأسرى أو نحو ذلك، وقد انتهى البحث إلى أن شروط تحقق مرض الموت تكمن في كون المرض خطيراً يفضي إلى الموت في الغالب، وأن مرد ذلك إلى أهل الاختصاص حسب الظروف والأعراف، وأن يتصل به الموت، وأما معياره فهو الخوف من الهلاك الذي يؤدي إلى اليأس من الحياة الناشىء من مرض خطير، ثم سردنا آراء الفقهاء في أثر هذه الحالات على رضا الشخص وتصرفاته القولية سواء كانت مالية أم غير مالية، ثم انتهى البحث بعد ذكر خلاصة الآراء، والأدلة والمناقشة إلى ترجيح رأي القائلين بتأثر مرض الموت ونحوه في تصرفات المريض ومن يلحق به.

ومن تطبيقات كون الرضا مقيداً بمصلحة الغير رضا المدين المفلس، وقد انتهى البحث بعد التحقيق في معنى الإفلاس وعرض الآراء الفقهية، مع الأدلة والمناقشة إلى ترجيح رأي القائلين بجواز الحجر على المدين المفلس إذا طلبه غرماؤه.

ثم إن البحث قد عرض نظرية متكاملة لعلاج الشريعة الإسلامية قضية الدين من جذورها، وسرد ما يتعلق بها من البداية إلى النهاية.

وفي تأثير مرض الموت في الرضا لا نجده واضحاً في القوانين فلا نجد هذه

الأحكام الخاصة بالمريض مرض الموت ونحوه في القانون الروماني، ولا في القانون الإنجليزي، ولا في القانون المدني الفرنسي سوى المادة (٩٠٩ م.ف) التي تقضي ببطلان التصرفات الحاصلة من المريض مرض الموت للأطباء والصيادلة ورجال الدين. ولذلك فهذه الأحكام هي من الأحكام التي انفرد بها الفقه الإسلامي واقتبسها منه القانون المدني المصري الحالي والقانون العراقي.

وبخصوص أثر الإعسار والإفلاس على رضا المدين فإن القانون الروماني في عصوره الأولى يتسم بالقسوة، ففي الوقت الذي تدعو الشريعة الإسلامية الغراء إلى إعفاء المدين شطراً من دينه وإلى نظرة إلى ميسرة كان القانون الروماني يقضي بإعطاء الحق للدائن بأن يسترقه ويبيعه خارج روما بل أعطاه الحق إذا كان معه غيره في أن يقتلوه ويقسموا جثته أشلاء ثم خفت أحكامه إلى الحبس، أو العمل لحسابه حتى يستوفي دينه، وأما التقنين المدني الفرنسي والتقنين المصري القديم فلم يقوما بتنظيم أحكام الإعسار، لكن القانون المصري الحالي، والقانون العراقي قد قاما بتنظيمها حماية لحقوق الدائنين.

وفي نطاق الشرط الثاني لتحقق الرضا وهو كونه متنوراً تناولنا موقف الفقه الإسلامي والقانون منه. وهذا الشرط يعني كون الرضا على بينة من حقيقة ما يقدم عليه، وأن يكون على هدى وإدراك لما يحيط بالتصرف الذي ينشئه، فلا يشوبه غش ولا تدليس، ولا استغلال، ولا غلط، ولا جهل.

وبعد أن بينا المراد من الغش والتدليس والتغرير ونحوها من الألفاظ المتقاربة منها ذكرنا عناصر التدليس الأربعة وشروطها، ثم ذكرنا أنواع الغش والتدليس مع الأحكام والتطبيقات، فمن تطبيقات التدليس الفعلي التصرية، وبعد أن ذكر البحث معانيها وحكمها الشرعي وعرض الآراء المختلفة فيها مع الأدلة والمناقشة والترجيح انتهى إلى ترجيح رأي الجمهور القائلين بأنها توجب الخيار لمدة ثلاثة أيام.

ومن تطبيقات التدليس القولي النجش، وقد انتهى البحث فيه بعد عرض الآراء والأدلة والمناقشة إلى ترجيح القول بأنه يوجب الخيار، وقد ذكرنا تطبيقاً آخر للتدليس القولي أو التدليس مطلقاً وهو تلقي الركبان حيث بينا المراد به، ثم ذكرنا حكمه وما أثير حوله من خلاف وقد انتهى البحث بعد الآراء والأدلة والمناقشة إلى ترجيح الرأي القائل بأنه يوجب الخيار للجالب بعدما وصل السوق.

ثم تطرقنا إلى أثر الكذب في التصرفات القائمة على الأمانة كالمرابحة والتولية،

والمواضعة، والإشراك، وعقد الاسترسال والاستئمان، وقد وصلنا إلى ترجيح رأي القائلين إلى أن الكذب فيها تغرير، وأنه يوجب الخيار.

وأما التدليس بالكتمان فإذا كان الكتمان لعيب فإن الفقه الإسلامي قد عالج مسائله من خلال خيار العيب وهنا يثور سؤال حول جدوى القول بخيار التدليس بكتمان العيب بعد القول بأن وجود العيب بوحده كاف في الخيار. فقد أجبنا على هذا التساؤل بوجود الجدوى حيث توجد آثار تترتب على القول بخيار التدليس بكتمان العيب لا تتوفر في القول بخيار العيب نتيجة فروق جوهرية. . . وقد ذكرنا أثر التدليس من الغير فوجدنا أثره معترفاً به في الفقه الإسلامي.

ولقد تبين لنا من خلال الموازنة أن الفقه الإسلامي قد عالج مسائل التدليس بشكل مستفيض، بل قد وصل إلى إقامة نظرية متكاملة لكل ما هو غش وأثره في العقود إلى مدى بعيد، بل نستطيع القول بأنه أوسع بكثير مما وصل إليه الفقه اللاتيني، والفقه الإنجليزي، فقد عالج الغش على الصعيدين: الداخلي، والأخلاقي حيث حرم كل ما هو غش ورتب عليه الأثر مع قطع النظر عن علم المتعاقد الآخر به أم لا، وعن المقابل في حين أن القانون الروماني لم يحرم الغش ولم يرتب عليه الأثر إلا مع المواطن الروماني، كما أن مفهوم الكذب يختلف في الفقه الإسلامي عن غيره. ثم إن الفقه الإسلامي قسم العقود بالنسبة للتدليس إلى قسمين: قسم يؤثر فيه أدنى مخالفة للواقع وحقيقة الأمر، وهو عقود الأمانات، وقسم يؤثر فيه التدليس لكن بشروط ومواصفات.

وفي نطاق أثر الغبن والاستغلال في الرضا وجدنا الفقه الإسلامي يحرمهما ويرتب عليهما الآثار، فبالنسبة للغبن إنما يؤثر ـ كقاعدة عامة ـ إذا كان فاحشاً، ثم إن الفقه الإسلامي قد اختلف في معيار كون الغبن فاحشاً فالذي انتهى إلى ترجيحه هذا البحث هو كون المعيار منوطاً بعرف التجار، وقد وصل البحث بعد عرض آراء المذاهب وأدلتهم ومناقشتها إلى أن الغبن بوحده دون التغرير يؤثر في العقود فيجعلها غير لازمة وأما معالجة الفقه الإسلامي لآثار نظرية الاستغلال فقد ذكرناها على ضوء كل الاتجاهات الفقهية، وقد وجدنا لكل الحالات التي ذكرها الفقه الوضعي شبيهاً لها في الفقه الإسلامي من خلال الاستنباط والاستخراج مما ذكره فقهاؤنا العظام.

وقد تبين لنا من خلال الموازنة أن القانون الروماني لم يعتد بالغبن كقاعدة عامة ولم يعرف نظرية الاستغلال، وأن القانون الفرنسي لم يقر نظرية الاستغلال ولم يعتد بالغبن إلا استثناء ومع ذلك لم ينظر إلى الغبن باعتبار جانبه المعنوي والنفسي بل باعتبار قيمته المادية، وكذلك الأمر في القانون الإنجليزي حيث لم يعرف نظرية

الغبن والاستغلال كنظرية متكاملة وإن كان قد عالج مسائلها تحت مصطلح النفوذ غير الواجب الذي يقرب من الإكراه.

وأما القانون المصري فقد جعل الاستغلال عيباً من عيوب الرضا لكنه يختلف جزاؤه عن جزاء بقية العيوب، ومن هنا اختلف مع القانون الألماني الذي نظر إليه باعتباره عملاً غير مشروع، وأما القانون العراقي فهو وإن كان يشترك مع القانون المصري في جعله عيباً من عيوب الرضا لكنه لم يجعله عيباً مستقلاً، بل جعله فرعاً من فروع نظرية التغرير مع الغبن، كما أنه اختلف معه في الجزاء حيث جعل جزاءه الوقف وعدم اللزوم في حين أن الجزاء في القانون المصري: البطلان النسبي، أو إنقاص الالتزامات إلى الحد المعقول.

وأما الفقه الإسلامي فقد عالج آثار نظرية الاستغلال من خلال عدة نظريات وهي نظرية الغبن مع التغرير، أو نظرية الغبن مطلقاً، أو نظرية الضرورة، وبيوع الأمانة، وبعض حالات السفه والعته، وقد جمعنا شتاتها فوجدناها نظرية متكاملة تعطي حلولاً جذرية لكل آثارها. ثم إن نظرية الاستغلال قد تعرضت لنقد عنيف حاول جانب كبير من الفقه المدني الوضعي تفتيتها، والاستغناء عنها، وقد رجحنا الإبقاء عليها ولكن ذلك لا يمنع من توطيد أواصر القرابة بينها وبين غيرها من عيوب الرضا.

وفي نطاق تأثير الغلط في الرضا نجد أن الفقه الإسلامي يختلف في التكييف عن الفقه الوضعي، فهو قد عالج آثاره تحت مظلة خيار العيب، وخيار الوصف والاشتراط، أو تحت نظريتي الجهل والخطأ بالإضافة إلى خيار الرد بالغلط لدى جانب من الفقه الإسلامي، لكنه لا بد أن لا نجرأ على القول بأن الغلط في الفقه الإسلامي هو نفس الغلط الموجود في الفقه الوضعي، ولا سيما على ضوء النظرية الحديثة له، صحيح أن الفقه الإسلامي يعتني بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة، وبالقصود لدى جانب كبير منه لكن ذلك لا يعني اعتناءه بالتوهم الذي يدفع للتعاقد، كما أنه لا يعبأ بالأغراض الكامنة في القلوب والتي تتجه نحو نوعية الإفادة من المعقود عليه إن لم يكن فيها دلالة ظاهرة عليها، فهو يشترط العلم بالمعقود عليه، أو تصوره تصوراً كاملاً حتى إذا لم يره يكون له الخيار ولذلك لا يسمح بمن رأى المعقود عليه أن يدعي أنه توهم حيث كان يظن أنه أَثَريٌّ مع أنه ليس كذلك. نعم فالفقه الإسلامي يعتني بالغلط في المحل، أو في الوصف أو نحو ذلك بشروطه، والخلاصة أن البحث قد اعتنى بهذا الجانب اعتناءً كبيراً، ووصل إلى ما يوضح التكييف الإسلامي ورؤيته حول هذه المسائل مع الموازنة والتحليل حيث أوضح أن الفقه الإسلامي قد عالج بدقة

وعمق مسائل الغلط حسب منهجه ونزعته وتكييفه، وأن لفظ الغلط الوارد على ألسنة الفقهاء المسلمين كالحطاب المالكي والنووي وغيرهما هو غير الغلط الوارد في الفقه الوضعي فالمراد به عندهم هو الخطأ أو الجهل، وليس التوهم الدافع.

وقد أجرى البحث دراسة مستفيضة حول دليل الرضا شملت كل جوانبه فبحث عن اللفظ، والبذل، والكتابة، والإشارة، والسكوت كأدلة على الرضا، ففي نطاق دلالة الألفاظ خاض البحث في غمار جميع أنواع اللفظ على الرضا، فتكلم عن دلالة الاسم والفعل عليه، وبحث عن مدى صلاحية الاسم سواء كان اسم فاعل أو اسم مفعول، أو مصدراً، أو غير ذلك، كما ذكر أقوال الأصوليين والفقهاء بخصوص دلالة فعل المضارع والأمر، كما أجرى بحثاً مستفيضاً على الصريح والكتابة وانتهى البحث إلى عدم تقيد التعبير بلفظ خاص دون آخر - كقاعدة - كما أن جمهور الفقهاء - عدا الظاهرية - على عدم اشتراط كون ألفاظ العقود واردة في الشرع. وقد انتهى البحث بعد عرض الآراء في كل جزئية وتحرير محل النزاع والأدلة والمناقشة إلى ترجيح صلاحية كل لفظ للدلالة على الرضا ما دامت دلالته عليه مفهومة وأن الحاكم في مثل هذه الأمور هو العرف.

وأما القانون الروماني فقد حالت الشكلية دون أن يكون للفظ المجرد دور يذكر، لكن التشريعات الحديثة قبلت كل ما يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة.

وكذلك أجرى البحث دراسة مستفيضة في دلالة البذل، والكتابة والإشارة على الرضا في الفقه الإسلامي والقانون وانتهى بعد عرض الآراء والأدلة والمناقشة إلى ترجيح صلاحية هذه الأمور للدلالة على الرضا ما دامت تفي بالمقصود ويفهم منها العاقدان المقصود حسب الأعراف وعادات التجار. وأما السكوت فالقاعدة فيه أنه لا ينسب إلى ساكت قول، لكنه في معرض الحاجة بيان.

وتبين لنا من خلال الموازنة أن الفقه الإسلامي قد أولى عناية فائقة بالألفاظ حيث درسها دراسة فاحصة متعمقة لا نجد مثلها في الفقه الوضعي، وكان غرضه في إجراء هذه الدراسة شيئين أولهما: تصنيف الألفاظ حسب دلالتها في العرف السائد، وثانيهما: التوسع في الألفاظ الصالحة للتعبير عن الرضا، ومن هنا أظهر البحث سقوط دعوى من اتصف الفقه الإسلامي باللفظية.

وقد أظهر البحث الفرق بين الصريح والضمني في كل من الفقهين: الإسلامي والوضعي، وتبين لنا أن بذل الثمن، أو المثمن، وإعطاءه سواء كان من الطرفين أو من

طرف واحد يصح أن يكون دليلاً على الرضا عند جمهور الفقهاء. غير أن خلافاً كبيراً في الفقه الإسلامي قد ثار في مدى صلاحية الكتابة دليلاً على الرضا وانتهى البحث إلى ترجيح صلاحيتها دليلاً عليه سواء كانت بين الغائبين، أو الحاضرين، في حين أن الفقه الحديث على عكس القانون الروماني يعتد بالبذل والكتابة دون أي تحفظ، كما أظهر البحث عمق الفقه الإسلامي في نظره إلى السكوت وما أثير حوله من خلاف وانتهى إلى أن الرأي السائد فيه هو اعتباره دليلاً على الرضا في حالات استثنائية، وظروف وقرائن تخلع عليه ثوب الدلالة على الرضا، وقد رأينا توسع الفقهاء فيها حتى صاغوا منها قاعدة عامة وهي أن السكوت في معرض الحاجة بيان في حين لم يعتد به القانون الروماني، وحتى التشريعات الحديثة نراها أقل عناية منهم، فالقانون الفرنسي لم ينظم أحواله وأحكامه إلا في موضوعات قليلة، والقانون الإنجليزي لم يعتد به كدليل على الرضا إلا في قضايا متأخرة، وأما القانون المصري، والعراقي فقد أولياه عناية فائقة.

وفي نطاق أثر الرضا في العقود وجدنا أن مكانة الرضا في العقود في الفقه الإسلامي مثار جدل وانتهى البحث بعد عرض الآراء والأدلة والمناقشة إلى ترجيح رأي القائلين بأنه ركن في جميع العقود المالية وغيرها. وكان موقف القانون الروماني هو عدم الاعتداد بالرضا ـ كمبدأ ـ في حين اتفق الفقه الحديث على اعتباره ركناً في العقود.

وفي نطاق قدرة الرضا على الإنشاء وجدنا أن الرضا يشمل الرضا المنفرد، والرضا المزدوج، فقد وجدنا في الفقه الإسلامي نطاقاً واسعاً ومكاناً خصباً للرضا المنفرد ما لم يمكن أن يوجد مثله في القانون المدني. وقد حاول البحث أن يصل إلى مفهوم محدد للرضا المنفرد حتى يدفع عنه الخلط الذي وقع فيه البعض، كما حاول إثارة كل مسائله والوصول من خلال الأدلة والمناقشة إلى ترجيح ما يعضده الدليل.

وفي نطاق قدرة الرضا المزدوج في إنشاء الأثر في الفقه الإسلامي خاض البحث في غمار شروط الرضا المزدوج وما جرى فيها من خلاف، وقد حاول أن يصل إلى ما هو الراجح في كل جزئية من جزئياتها وكان من ضمنها ترجيح القول بخيار المجلس، والرد على من قال أن القول به يؤدي إلى زعزعة استقرار التعاقد، أو إضعاف قوة العقد، كما أننا رجحنا القول بأن العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول فقط، وقد بذلنا جهوداً للوصول إلى هذا الرأي ولا سيما في المذهب الحنفي الذي كثر فيه الجدل، وكذلك الأمر في القانون حيث سردنا النظريات المتعلقة بهذه المسألة ورجحنا نظرية إعلان القبول.

وفي نطاق قوة الرضا في ترتيب الآثار انتهى البحث إلى إجماع الفقهاء على أن آثار العقود شرعية، وإلى التوفيق بين جعليتها، ودور الرضا في العقود.

وفي نطاق الحرية التعاقدية انتهى البحث إلى ترجيح رأي القائلين بالحرية التعاقدية، من حيث إنشاء العقود، والشروط ما دامت تعارض نصاً شرعياً بعد أن استعرض نصوص الفقهاء مع الأدلة والمناقشة والترجيح، والرد على من أسند إلى جمهور الفقهاء القول بأن الأصل فيها الحظر.

والتشريعات الحديثة قد اعتنقت هذا المبدأ بعد أن نبذت الاتجاه الروماني.

وفي نطاق التوازن بين الرضا ودليله وجدنا أن هناك نزعتين أساسيتين هما: النزعة الذاتية والاعتداد بالإرادة الباطنة، والنزعة الموضوعية والاعتداد بالتعبير (الإرادة الظاهرة) فكان القانون الروماني يمثل النزعة الذاتية البحتة مع أنه لم يعترف بسلطان الإرادة، وكان القانون الفرنسي يعتنق النزعة الذاتية مع إجراء تخفيف عليها على عكس النظرية الألمانية التي أخذت بالنزعة الموضوعية وتبنت الاعتماد على التعبير المادي المحسوس، والقانون المصري قد أخذ من هذا، وذاك، والقانون العراقي انحاز نحو الفقه الإسلامي.

وأما الفقه الإسلامي فقد وجدنا فيه اتجاهين اتجاهاً قائماً على ظاهر العبارة دون الاعتداد بالقصود والبواعث واتجاهاً يعتمد على القصود الباطنة ويرتب عليها الآثار وقد انتهى البحث إلى ترجيح قول القائلين بالاعتداد بالقصود والبواعث بشرط أن تدل على هذا القصد الباطني قرائن كاشتراطها في العقود أو ذكرها أثناء المساومة، أو بأية طريقة تُظهِرُ لنا هذا القصدَ. وقد عضدتُ هذا الموقف بأدلة من الكتاب والسنة والآثار. هذا والله سبحانه هو أعلم بالصواب، وهو الموفق والهادي إلى الحق المبين.

وقد ظهر لنا من خلال التعايش مع هذه الرسالة أن الفقه الإسلامي لم يتخل عن جانبه الأخلاقي في تنظيمه لأحكام المعاملات، فهو على الرغم من جنوحه إلى الاستقرار من خلال اعتماده على التعبير الواضح ـ كقاعدة عامة ـ لم يأل جهداً في توفير الوسائل المتاحة لتهيئة الرضا الكامل المتنور، حيث أعطى ـ مثلاً ـ حق الخيار ما دام المتعاقدان في المجلس، ليتفادى ما فاته أحدهما، أو تسرع في إيجاب العقد أو قبوله، وغير ذلك من الوسائل السابقة.

وبالإضافة إلى هذه الوسائل القضائية فقد دعا الإسلام العاقدين إلى الصدق والأمانة وعدم الغش وبيان كل ما في المعقود عليه من عيب ليكون عقدهما مبروكاً

حلالاً طيباً، بل جعل الرسول ﷺ «بيع المسلم من المسلم»[1] عنوان الطهارة والنقاء والصدق والنزاهة والخلو من الغش والكتمان.

ثم إن الفقه الإسلامي قد حدد منطقة فرض فيها على الناس الأمانة والصدق إلى أبعد الحدود ورتب عليها الآثار حتى جعل مجرد الكذب فيها غشاً وتدليساً موجباً للخيار وسماها بعقود أو بياعات الأمانات وهي المرابحة، والمواضعة والتولية، والإشراك، والاستئمان، والاسترسال، والاستسلام، وعقود من يشترط عدم الخلابة فيها فهذه العقود تقوم على الأمانة بشكل يؤثر فيها مجرد الكذب، أو الغبن وإن كان يسيراً، فهذه المنطقة هي المكان الطبيعي للأشخاص الذين ليس لديهم الخبرة الكافية في التعامل، وبذلك فسح الشارع الحكيم لهؤلاء أن يطمئنوا على تعاقدهم فيلجئوا إلى هذه العقود وحينئذ يكون لهم الخيار بمجرد الكذب أو الغبن، أما غير هذه العقود فإن العقود قلما تخلو من غبن يسير ولذلك سمح فيه ما دام لم يصاحبه تغرير أو تدليس.

وبعد هذا العرض الموجز لنتائج الرسالة تبين لنا مبدأ الرضا المتكامل، كما تبين لنا عدم الالتقاء بين القانون الروماني والفقه الإسلامي لا من حيث المبدأ حيث لم يقره القانون الروماني، في حين هو قاعدة أصيلة في الفقه الإسلامي نزلت فيها آية قرآنية كريمة ووردت فيها أحاديث شريفة. كما أنهما لم يلتقيا على صعيد التطبيقات الجزئية لهذا المبدأ، فلم نرى أي لقاء يذكر في الحكم والتكييف بينهما إذن فأنَّى يكون بينهما التأثر والتأثير؟.

غير أننا وجدنا لقاء في كثير من التطبيقات العملية بين الفقه الوضعي الحديث والفقه الإسلامي، وإن كنا نؤكد على أن لكل فقه أسلوبه الخاص ومنهجه الذي يسوده وروحه التي تتفاعل معه، لكنه لا يمنع من أن هذا اللقاء قد جاء نتيجة تأثير الشريعة الغراء، ولا سيما أننا قد وصلنا في الباب التمهيدي إلى أن مبدأ سلطان الرضا والإرادة قد تسرب من الفقه الإسلامي إلى الكنسيين والفقه الحديث عبر الأندلس وممرات أخرى، فهذه التطبيقات العملية المتشابهة نوعاً ما قد تؤكد ذلك.

---

(١) جزء من حديث رواه البخاري تعليقاً في صحيحه مع الفتح، كتاب البيوع (٣٠٩/٤)؛ والترمذي مع التحفة، كتاب البيوع (٤٠٧/٤)؛ وابن ماجه، كتاب التجارات (٧٥٦/٢)؛ والدارمي في سننه (١٦٤/٢)؛ حيث رووا بسندهم عن العداء بن خالد قال: كتب لي رسول الله ﷺ: «هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم، لا داء، ولا خبثة، ولا غائلة».

نقد نظرية عيوب الرضا في الفقه التقليدي:

درج الفقه التقليدي في فرنسا ومصر وغيرهما على معالجة الرضا وما يتعلق به من خلال ذكر عيوب الرضا، بدلاً من أن يقوم ببيان ماهيته وذكر أركانه وشروطه، مع أنه كان من الأجدر به أن يقوم بتقعيد دقيق للرضا نفسه من خلال إجراء دراسة مستفيضة على أركانه وشروطه، ولو فعل ذلك لكان قد أغناه عن البحث عن عيوب الرضا، لكنه هكذا شاء أن يفعل، فقد حجب ظهور عيوب الرضا الضوء عن الفقه التقليدي أن يبحث أركانه وشروطه فانشغل بالعيوب التقليدية ثم قسمها إلى قسمين: قسم يعدم الرضا كعدم الأهلية، وقسم لا يعدمها ولكن ينال منها نيلاً كالإكراه والغلط والتدليس[1]، ونحن من جانبنا نرى أن هذه النظرية ـ بالإضافة إلى أنها لم تسر السير الطبيعي الذي يفرض عليها البدأ بماهية الشيء وأركانه وشروطه ثم عيوبه ـ غير دقيقة لغوياً، ومهلهلة لا يجمعها حكم واحد.

أما كونها غير دقيقة لغوياً، فلأن لفظ العيب في اللغة العربية لا يطلق على العدم إطلاقاً، وإنما المراد به الخلل والنقص[2]، إذن فإطلاق العيوب على عدم الأهلية لا يصح لغوياً إلا بتعسف في التأويل ينبغي أن ينأى عنه الفقه والتشريع، وحتى إطلاق العيب على الإكراه المعدم للرضا الذي تصوره الفقه الوضعي حينما يكون الإكراه مادياً تنطبق عليه الملاحظة السابقة نفسها، وكذلك الأمر في إطلاقه على الغلط المانع على ضوء نظريته القديمة حيث لا ينطبق عليه وصف العيب، وإنما وصف العدم، فالرضا في كل هذه الحالات ليس معيباً وإنما هو معدوم عدماً محضاً، فأنى يطلق عليه وصف العيب؟.

أما كونها مهلهلة لا يجمعها حكم واحد فهو يظهر بوضوح في أن حكم عقود معدوم الأهلية البطلان المطلق، وكذلك حكم عقود المكره إكراهاً مادياً، ومن وقع في غلط مانع ـ على ضوء نظريته التقليدية ـ فهو البطلان المطلق، في حين أن جزاء بقية العيوب هو البطلان النسبي.

البديل عنها:

ونرى أن البديل عن النظرية السابقة هي ما سلكناه في هذه الرسالة حيث يتلخص فيما يأتي:

---

(١) انظر: ديموج، المصدر السابق (١/ بند ٣٥٦)؛ والمصادر السابقة في الفصل الثاني من الباب الأول.

(٢) يراجع لسان العرب ص (٣١٨٣)؛ والقاموس المحيط (١/١١٣)، مادة «عيب».

الرضا: هو القصد المتجه نحو ترتيب الأثر، وأن ركنه هو القصد والتمييز، وأن شروطه هي الإحاطة والتنور[1] والحرية أي كون الرضا حراً[2]، وأن جزاء فقد الركن هو البطلان المطلق، وأن جزاء فقد الشرط هو عدم اللزوم، وإثبات الخيار على ضوء التفصيل السابق دون الحاجة إلى إعادته، ثم بعدما استطعنا أن نبين حقيقة الرضا، وأركانه وشروطه يأتي دور دليله، ومكانته في العقود وقدرته على الإنشاء، وقوته في ترتيب الآثار على ضوء الدراسة التي قمنا بها. والله الموفق.

---

(١) يقول الإمام الغزالي في الوسيط، بتحقيقنا: (٢/٥٩٦): «والتحقيق أن النية قصد ولكن شرطه الإحاطة بصفات المقصود».

فعدم الإحاطة يتحقق بالاستغلال والغبن والغلط والتدليس ـ كما سبق.

(٢) فعلى هذا فالإلجاء بعدم القصد، في حين أن الإكراه لا يعدمه بل يختل به.

«توصية ودعاء وشكر»

بعد هذه الدراسة المستفيضة التي شملت مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، والقوانين الوضعية: الروماني والفرنسي والإنجليزي، والمصري، والعراقي، والتي ظهرت فيها جلياً عظمة الفقه الإسلامي الخالد في حلوله ومرونته في التكييف والاستنباط واستيعابه لكل النظريات والحلول المفيدة. . . يفرض عليَّ واجبُ النصيحةِ ـ والدينُ النصيحة ـ أن أوجه ندائي إلى الحكومات الإسلامية ومؤسساتها الدستورية والتشريعية بتطبيق شريعة الله الغراء، ونبذ القوانين المخالفة له فقد آن لنا جميعاً أن نعود إلى شرع الله الذي فيه عزنا وكرامتنا وسعادتنا في الدنيا والآخرة، وآن لنا أن نعلم أن هذه الشريعة ظلت تطبق على العالم الإسلامي منذ أكثر من ألف سنة دون أن يشعر أحد بحاجته إلى نظام آخر إلى أن جاء الاحتلال الأجنبي فطبق معه نظامه ليحتل به عقولنا وأفكارنا، فإذا كنا قد تحررنا عن الاحتلال السياسي فإن ذلك لا يتم إلا بتحرير عقولنا وأنظمتنا من آثار هذا الاحتلال.

فبالإضافة إلى أن تطبيق الشريعة الغراء أصبح ـ بفضل الله ـ مطلباً جماهيرياً ملحاً في كل العالم الإسلامي على كافة المستويات فإنها تفيض بالخير، بل هي الخير كله، وإنها تفوق بحق ودون تعصب كل النظم الوضعية من حيث تحقيق العدل والاستقرار وغرس القيم ودوافع الخير، وإنشاء مجتمع الطهارة والنزاهة والإنتاج، قال تعالى: ﴿ وَقِيلَ لِلَّذِينَ ٱتَّقَوْا مَاذَا أَنزَلَ رَبُّكُمْ قَالُوا خيراً، لِلَّذِينَ أَحْسَنُوا فِي هَذِهِ الدُّنْيَا حَسَنَةٌ وَلَدَارُ الآخِرَةِ خَيْرٌ، وَلَنِعْمَ دَارُ الْمُتقِينَ ﴾ (سورة النحل: ٣٠).

فتطبيق شرع الله في أرضه ليس واجباً إصلاحياً فحسب بل هو واجب ديني على كل مسلم يفرضه عليه دينه الذي يؤمن به، فمن لم يحكم بما أنزل الله وهو قادر على ذلك يكون من الفاسقين الظالمين، وأما إذا لم يقتنع بصلاحيته للتطبيق، أو شك في ذلك يكون

من الكافرين: ﴿فَلاَ وَرَبكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً﴾ (سورة النساء: ٦٥).

وفي الختام أتضرع إلى الله أن يوفق القائمين على أمور المسلمين لتطبيق شرع الله وجمع شمل الأمة الإسلامية لتصبح خير أمة أخرجت للناس كما كانت، أو يهيىء فيهم من يقوم بهذا الواجب وما ذلك على الله بعزيز.

كما أتضرع إلى الله تعالى أن يتقبل مني هذا العمل وسائر أعمالي ويجعلها خالصة لوجهه الكريم، وأستمطر الرحمة لوالديّ وأسأل الله تعالى أن يلطف بهما ويرحمهما كما ربياني صغيراً على حب القرآن والإسلام فقد أبى والدي رحمه الله إلا أن أتجه نحو الدراسة الإسلامية في وقت كانت كل المغريات أمام غيرها فجزاهما الله عني خيراً عن هذا القصد والتوجيه، كما أستمطر الرحمة لكل شيوخي الفضلاء، وأساتذتي الأجلاء، وعلى الأخص عمي الفاضل العالم الشيخ نجم الدين علي القره داغي رحمه الله، وخالي العالم الجليل الشيخ مصطفى الشيخ نجيب القره داغي رحمه الله، والعالم الكبير فضيلة الشيخ عبد الكريم المدرس أدامه الله تعالى فجزاهم الله عني خير الجزاء.

ويسعدني أن أكرر شكري ودعائي لأستَاذَيَّ المشرفَيْنِ الأستاذ الدكتور علي أحمد مرعي، والأستاذ الدكتور محمد علي عمران حيث جادا عليَّ بعلمهما الغزير فبارك الله فيهما وفي علومهما. كما يجب أن لا أنسى من كان مشرفاً على رسالتي في الماجستير، وله فضل الإشراف على الجانب الشرعي لهذه الرسالة فترة من الزمن قبل أن يعار إلى السعودية، ألا وهو فضيلة الأستاذ الدكتور يوسف عبد المقصود فجزاه الله عني خير الجزاء.

وفي هذا المقام يسعدني أيضاً أن أذكر بالدعاء زوجتي وأولادي الذين تحملوا عناء الغربة والبعد عن الأهل والأقربين طوال أكثر من سبع سنوات فجزاهم الله عني خير الجزاء، وجعلهم من الصالحين الخادمين للإسلام.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسدى إليّ معروفاً وقدم إليَّ خدمة لإكمال هذه الرسالة فجزاهم الله تعالى عني خيراً.

﴿رَبَّنَا آمَنَّا بِمَا أَنْزَلْتَ وَٱتَّبَعْنَا الرسُولَ فَاكْتُبْنَا مَعَ الشَّاهِدِينَ﴾، (سورة آل عمران: ٥٣).

﴿ رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الذِينَ مِنْ قَبلِنَا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلاَنَا فَٱنْصُرْنَا عَلَى القَوْمِ الكَافِرِينَ ﴾ (سورة البقرة: ٢٨٦).

صدق الله العظيم

فهرس الآيات الكريمة[1]

(١) ترتيب الآيات على ضوء ترتيبها في المصحف الشريف.

فهرس الأحاديث الشّريفة

الأحاديث	رقم صفحة الرسالة
ـ «إن جارية أتت النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني وأنا كارهة فرد نكاحها. . .»	٤٥٤
ـ «إن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت. . . فخيرها النبي. . .»	٣١٣
ـ «إن حذيفة وأباه أخذهما كفار قريش وكانا يريدان النبي. . .»	٤٤٨
ـ «إن خنساء بنت خدام زوجها أبوها وهي ثيب فكرهت. .»	٣١٣، ٤٥٤
ـ «إن رجلًا أعتق ستة أعبد لم يملك غيرهم فجزأهم. .»	٣٣٨، ٥٣٠، ٥٣٨
ـ «إن رجلًا أعتق عبداً له لم يكن له مال غيره فرده رسول الله ﷺ. . .»	٥٣٨
ـ «إن رجلًا جاء ببيضة من ذهب أصابها. . .، فأعرض ﷺ عنه. . .، ثم قال: هاتها مغضباً فحذفه بها. . .»	٣٣٩
ـ «إن سعداً قال: مرضت فأرسلت إلى النبي ﷺ فقلت دعني أقسم مالي حيث شئت فأبى. . .»	٥٣٣
ـ «إن صناديد قريش قالوا: ما رأينا مثل. . .»	٣٣٦
ـ «إن عثمان ورث زوجة عبد الرحمن منه وكان قد طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته. . .»	٥٣٤
ـ «إن فتاة أتت النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخي فجعل الأمر إليها»	٣٠٣
ـ «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم. . .»	١٢٢٩
ـ «إنما الأعمال بالنيات»	٢٠٠، ٣٤٦، ٤٣٥، ٤٥٤، ٤٦٤، ٨٨٦، ١٢٢٠
ـ «إنما البيع عن تراض»	١٩، ٤٦٢، ٩٢٨، ١٠٠١
ـ« إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة. . .»	٥٧٠
ـ «إن النبي ﷺ أعطى خيبر لليهود»	٥٧
ـ «إن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله، وباعه في دين كان عليه»	٥٥٥، ٥٦٦
ـ «إن النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه»	٨٨٣
ـ «إن النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال»	٣٢١
ـ «إن النبي ﷺ يأمرك أن تعتزل امرأتك. . . قال: فقلت: ألحقي بأهلك. . .»	٨٨٣

الأحاديث	رقم صفحة الرسالة

فهرس أهم المصادر والمراجع[1]

أولاً: المصادر غير الحديثة من العلوم الآتية التفسير، والحديث، وعلومهما، والفقه وأصوله، وعلوم اللغة ونحوها[2]

- القرآن الكريم.

ـ أ ـ

- **الإجماع**: للعلامة أبي بكر محمد بن إبراهيم بـن المنذر، المتوفى ٣١٨، تحقيق الدكتور عبد القادر شن أر، ط. أنقـرة ـ تركيا.
- **الإحكام السلطانية**: للعلامة أبي الحسن علي بن محمد الماوردي، المتوفى سنة ٤٥٠، ط. التوفيقية ـ القاهرة.
- **الإحكام في أصول الأحكام**: لسيف الدين علي بن علي بن محمد، ت ٦٣١ هـ، مطبعة محمد علي صبيح ـ القاهرة ١٣٤٧ هـ.
- **الأحكام في أصول الأحكام**: للعلامة أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، ت ٤٥٧ هـ، ط. مكتبة عاطف ـ مصر.
- **أحكام القرآن**: لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، ت ٥٤٣هـ، تحقيق علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٨٧ هـ.

---

(١) وهناك بعض المصادر اكتفينا بذكرها في أماكنها فقط.

(٢) يكون ترتيب هذا القسم على ضوء الحروف الهجائية لأسماء الكتب مع اعتبار همزة الوصل، وعدم اعتبار الـ ـ التعريف.

- **أحكام القرآن**: للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ت ٣٧٠ هـ، دار الفكر - بيروت.
- **أحكام القرآن**: للإمام الشافعي، تحقيق الأستاذ الشيخ عبد الغني عبد الخالق، ط. دار الكتب العلمية - بيروت ١٣٩٥ هـ.
- **أحكام القرآن**: للإمام عماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراس، المتوفى ٥٠٤ هـ، تحقيق موسى محمد علي والدكتور عزت علي عبد عطيه، ط. دار الكتب الحديثة - القاهرة.
- **أحكام المرضىٰ**: للشيخ أحمد بن إبراهيم بن خليل الحنفي، تحقيق محمد سرور الأفغاني، رسالة ماجستير في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر سنة ١٩٨٤.
- **إحياء علوم الدين**: للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، ت ٥٠٥ هـ، ط. عيسى البابي الحلبي بالقاهرة.
- **اختلاف المذاهب**: للوزير ابن هبيرة، مخطوط الإسكندرية بمكتبة البلدية، تحت رقم.
- **أدرار الشروق على أنواء الفروق**: للعلامة سراج الدين قاسم بن عبدالله الأنصاري المعروف بابن الشاط، ط. دار المعرفة - بيروت، لبنان.
- **الأشباه والنظائر**: للعلامة ابن السبكي، مخطوطة الإسكندرية بمكتبة البلدية، تحت رقم (١١٨١ ب فقه شافعي).
- **الأشباه والنظائر**: للعلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١ هـ، ط. عيسى البابي الحلبي وشركاه بالقاهرة.
- **الأشباه والنظائر**: للعلامة زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، المتوفى ٩٧٦ هـ، ط. مؤسسة الحلبي بالقاهرة ١٣٨٧ هـ.
- **الإشراف على مذاهب الأشراف**: لابن هبيرة، مخطوطة الإسكندرية، تحت رقم (١٣١٠ ب) فقه شافعي.
- **الاصطلام في الخلافيات**: للعلامة أبي المظفر السمعاني، المتوفى ٤٨٩ هـ، مخطوطة مكتبة جار الله بإستامبول، برقم (٥٨٢).
- **الأصل**: للإمام محمد بن حسن الشيباني، مخطوطة مكتبة السليمانية، قسم طرخان سلطان رقم (٩٨ - ٩٩)، بإستامبول.
- **أعلام الموقعين**: للعلامة شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، المتوفى ٧٥١، تحقيق طه عبد الرؤوف سعيد، ط. شركة الطباعة الفنية بالقاهرة سنة ١٣٨٨ هـ.
- **الإفصاح عن معاني الصحاح**: للعلامة الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن

محمد بن هبيرة، المتوفى ٥٦٠ هـ، ط. مؤسسة السعيدية بالرياض سنة ١٣٩٨ هـ.
- **الألفاظ الكتابية**: للعلامة عبد الرحمن بن عيسى الهمداني، المتوفى ٣٢٧ هـ، ط. دار الكتب العلمية سنة ١٤٠٠ هـ.
- **الأم**: للإمام الشافعي، ط. دار الشعب - القاهرة.
- **الانتصار**: لعلي بن الحسين الموسوي المشهور بالمرتضى، ت ٤٣٦ هـ، ط. النجف سنة ١٣٩١ هـ.
- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**: للعلامة علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ.
- **أنوار التنزيل وأسرار التأويل**: للقاضي ناصر الدين البيضاوي، ط. مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٧٥ هـ بالقاهرة.
- **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**: للإمام أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، ت ٩١٢ هـ، تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي، ط. مطبعة فضالة بالمغرب، إشراف صندوق إحياء التراث الإسلامي سنة ١٤٠٠ هـ.
- **إيساغوجي**: للعلامة أثير الدين المفضل بن عمر الأمهري، المتوفى ٦٣٠ هـ، ضمن مجموع المتون، ط. مصطفى الحلبي البابي بالقاهرة.

ـ ب ـ

- **البحر الرائق**: للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، المتوفى ٩٧٦ هـ، ط. دار المعرفة - بيروت.
- **البحر الزخار**: للعلامة أحمد بن يحيى بن المرتضى، المتوفى ٨٤٠ هـ، ط. مؤسسة الرسالة - بيروت سنة ١٣٦٦ هـ، الطبعة الثانية.
- **بحر العلوم**: لأبي الليث السمرقندي (ت ٣٧٥هـ)، رسالة دكتوراه بدار العلوم إعداد: عبد الرحيم الزقة.
- **البحر المحيط**: للعلامة بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي، المتوفى ٧٩٤ هـ، مخطوطة بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٠١ أصول تيمور).
- **بدائع الصنائع**: للإمام الكاساني، المتوفى سنة ٥٧٨ هـ، ط. مطبعة الإمام القاهرة.
- **بداية المجتهد**: للعلامة محمد بن حمد المشهور بابن رشد الأندلسي، المتوفى ٥٩٥ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي، طبعة رابعة ١٣٩٥ هـ.
- **البرهان في أصول الفقه**: لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبدالله بن يوسف، المتوفى ٤٧٨ هـ، ط. دولة قطر، طبعة أولى.
- **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك**: للعلامة أحمد بن محمد الصاوي

على الشرح الصغير للدردير، ط. عيسى البابي الحلبي بالقاهرة.
- **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**: للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٦٩ هـ.

ـ ت ـ

- **التاج والإكليل لمختصر خليل**: للعلامة أبي عبدالله سيدي محمد بن يوسف البهدري المالكي بهامش مواهب الجليل، ط. دار السعادة ـ مصر ١٣٢٩ هـ.
- **التاريخ الكبير**: للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى ٢٥٦ هـ، ط. دائرة المعارف العثمانية.
- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**: للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ط. السيد عمر حسين الخشب، بمصر سنة ١٣١٣ هـ.
- **التجريد**: للعلامة أحمد بن محمد بن أحمد القدوري، المتوفى سنة ٤٢٨ هـ، مخطوطة بدار الكتب المصرية، تحت رقم (٨٠٣ فقه حنفي).
- **تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي**: للحافظ أبي العلى محمد بن عبد الرحمن، طبعة ثانية ١٣٨٥ هـ، مطبعة الفجالة ـ القاهرة.
- **تحفة الحكام**: للقاضي سيدي أبي بكر محمد بن حجر الأندلسي الغرناطي، طبعة مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
- **تحفة الفقهاء**: للعلامة علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، ط. مطبعة دار الحديث ـ مصر.
- **تحفة المحتاج**: للعلامة شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي، ط. مطبعة الميمنية ـ مصر.
- **تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد**: للحافظ صلاح الدين خليل بن كيكلدي العلائي، المتوفى سنة ٧٧١ هـ، تحقيق دكتور إبراهيم محمد السلقيني، ط. دمشق، مطبعة زيد بن ثابت سنة ١٣٩٥ هـ.
- **تخريج الفروع على الأصول**: للإمام أبي شهاب الزنجاني، تحقيق محمد أديب صالح، طبع جامعة دمشق سنة ١٣٨٢ هـ.
- **تذكرة الفقهاء**: للعلامة الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر المشهور بالعلامة الحلي، ت ٧٢٦ هـ، ط. المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ـ طهران.
- **تشنيف المسامع**: للعلامة بدر الدين محمد بن عبدالله الزركشي الشافعي، المتوفى ٧٩٤ هـ، ط. مطبعة التمدن سنة ١٣٣٢ هـ، لفرج الله زكي الكردي.

- **التعريفات**: للعلامة أبي الحسن علي بن محمد بـن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف، ط. الدار التونسية للنشر.
- **تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع**: للقاضي أبي زيد عبدالله بن عمر بـن علي الدبوسي، مخطوطة بدار الكتب المصرية، تحت رقم (٢٥٥ أصول الفقه).
- **تلخيص الحبير**: للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢ هـ، ط. شركة الطباعة الفنية المتحدة ـ المدينة المنورة سنة ١٣٨٤ هـ.
- **التلويح على التوضيح**: للعلامة سعد الدين التفتازاني، المتوفى ٧٩٢ هـ، وهو شرح التوضيح لعبيد الله بن مسعود المحبوبي صدر الشريعة الثاني، المتوفى ٧٤٧ هـ، ط. محمد علي صبيح بالقاهرة.
- **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**: للعلّامة جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، المتوفى ٧٧٢هـ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، ط. مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ، الطبعة الثانية.
- **تنقيح الأصول**: للعلامة عبيد الله بن مسعود المحبوبي، المتوفى ٧٤٧ هـ، صدر الشريعة الثاني، ط. وادي الملوك.
- **تهذيب الفروق والقواعد السنية**: للشيخ محمد علي بن حسين المالكي، ط. دار المعرفة ـ بيروت، لبنان.
- **تيسير التحرير**: للعلامة محمد أمين الحنفي الخراساني المعروف بأمير بادشاه، ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٠ هـ.

ـ ج ـ

- **جامع البيان في تفسير القرآن**: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ت ٣١٠، دار المعارف، بالقاهرة، بتحقيق الشيخ محمود محمد شاكر، وط. المطبعة الكبرى ببولاق سنة ١٣٢٨ هـ.
- **الجامع الصغير**: للحافظ عبد الرحمن السيوطي، ت ٩١١ هـ، ط. المطبعة الخيرية ١٣٢١ هـ.
- **جامع الفصولين**: لمحمود بن إسرائيل قاضي سماونة، ط. بولاق سنة ١٣٠٠ هـ.
- **الجامع لأحكام القرآن**: لأبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، ت ٦٧١ هـ، ط. دار الكتب المصرية سنة ١٣٨٧ هـ.
- **الجرح والتعديل**: للحافظ ابن أبي حاتم، مطبعة دائرة المعارف العثمانية سنة ١٣٧٢ هـ.

- **جمع الجوامع**: لتاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي، ت ٧٧١ هـ، ط. دار إحياء الكتب العربية ـ القاهرة.
- **جمع الجوامع**: ط. ضمن مجموع المتون، طبعة مصطفى الحلبي.
- **جمل الأحكام**: للإمام أبي العباس أحمد بن محمد بن عمر الناطفي، ت ٤٤٦ هـ، تحقيق حمد الله سيد، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٩٨٤.

ـ ح ـ

- **حاشية البجيرمي على منهج الطلاب**: ط. المكتبة الإسلامية ـ ديار بكر، تركيا.
- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: للعلامة الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، ط. الاستقامة بالقاهرة.
- **حاشية الروض المربع**: للعلامة عبد الرحمن بن محمد العاصمي الحنبلي، المتوفى سنة ١٣٩٢ هـ، ط. المطابع الأهلية للأوفست بالرياض.
- **حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج**: ط. مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٨٦ هـ.
- **حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد في مذهب مالك**: ط. عيسى البابي الحلبي القاهرة.
- **حاشية على كتاب التحقيق**: لعبد العزيز البخاري، المتوفى ٧٣٠ هـ، مخطوطة بمكتبتنا الخاصة.
- **حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج**: ط. عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة.
- **الحاوي الكبير**: للإمام أبي الحسن علي بن محمد الماوردي، المتوفى ٤٥٠ هـ، ط. التوفيقية ـ القاهرة.

ـ خ ـ

- **خبايا الزوايا**: للعلامة بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي، المتوفى ٧٩٤ هـ، تحقيق عبد القادر عبدالله العاني، ط. وزارة الأوقاف بدولة الكويت.
- **الخراج**: للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، المتوفى ١٧٣ هـ، ط. السلفية بالقاهرة. وط. دار الاعتصام، بتحقيق الدكتور محمد إبراهيم البنا.
- **خزانة الفقه وعيون المسائل**: للفقيه أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي،

ت ٣٧٥ هـ، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، ط. شركة الطبع والنشر الأهلية ببغداد.

ـ د ـ

ـ **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**: للعلامة الحصكفي، طبعة ثالثة، ط. مصطفى البابي الحلبي.

ـ ر ـ

ـ **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة**: للعلامة أبي عبدالله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي، طبعة ثانية سنة ١٣٨٦ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي ـ مصر.

ـ **رد المحتار على الدر المختار**: للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، المتوفى ١٢٥٢ هـ، طبعة ثالثة ١٣٨٦، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

ـ **رسالة التحبير في الغبن**: للعلامة ابن عابدين، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ، ضمن مجموعة رسائله، ط. أستانة ١٣٢٥ هـ.

ـ **الرسالة**: للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، ط. دار التراث ـ القاهرة ١٩٧٩ م.

ـ **رمز الحقائق بشرح كنز الدقائق**: للعلامة بدر الدين العيني، المتوفى ٨٥٥ هـ، مخطوط بمكتبتنا الخاصة، ومطبوعة بنول كشور بلاهور ـ باكستان.

ـ **روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والمثاني**: للعلامة شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي، المتوفى ١٢٧٠ هـ، ط. دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

ـ **الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية**: لزين الدين علي بن أحمد العاملي المشهور بالشهيد الثاني، ت ٩٦٥ هـ.

ـ **روضة الطالبين**: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ت ٦٧٦ هـ، ط. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ـ دمشق.

ـ **روضة الناظر**: للعلامة أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى ٦٢٠ هـ، ط. مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

ـ س ـ

ـ **سؤالات ابن أبي شيبة**: لعلي بن المديني، تحقيق الأخ موفق عبدالله، ط. مكتبة المعارف بالرياض سنة ١٩٨٤ م.

- **السلم المنورق**: للأخضري، المطبوع ضمن مجموعات المتون، ط. مصطفى الحلبي ١٩٤٩ م.
- **سنن ابن ماجه**: للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ت ٢٧٣ هـ، ط. عيسى البابي الحلبي سنة ١٩٧٢، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- **سنن أبي داود**: للحافظ الحجة سليمان بن الأشعث السجستاني، ت ٢٧٥ هـ، المطبوع مع شرحه عون المعبود، طبع ونشر المكتبة السلفية، بالمدينة المنورة.
- **سنن الترمذي**: للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى السلمي، ت ٢٧٩، المطبوع مع شرحه تحفة الأحوذي، ط. مطبعة الاعتماد بالقاهرة.
- **سنن الدارقطني**: للحافظ أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني، ت ٣٨٥، تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني، ط. دار المحاسن للطباعة سنة ١٣٨٦ هـ.
- **سنن الدارمي**: للحافظ أبي محمد عبدالله بن عبد الرحمن الدارمي، ت ٢٢٥ هـ، تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني، ط. دار المحاسن للطباعة بالقاهرة سنة ١٣٨٦ هـ.
- **السنن الكبرى**: للحافظ الفقيه أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ت ٤٥٨ هـ، ط. دار المعارف ـ حيدر آباد، طبعة بالأوفست، دار الفكر.
- **سنن النسائي**: للحافظ أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي، ت ٣٠٣ هـ، ومعه زهر الربى على المجتبى للحافظ السيوطي، مع تعليقات مقتبسة من حاشية السندي، ط. شركة مصطفى الحلبي سنة ١٣٨٣ هـ.

ــ ش ــ

- **شرائع الإسلام**: لأبي القاسم جعفر بن الحسن الإمامي المشهور بالمحقق الحلي، ت ٦٧٦ هـ، ط. مطبعة الآداب، بالنجف ١٣٨٩ هـ.
- **شرح ابن ميارة الفارسي على تحفة الحكام**: طبعة الاستقامة بالقاهرة.
- **شرح الخرشي على مختصر خليل**: للفاضل المحقق سيدي أبي عبدالله محمد الخرشي؛ طبعة ثانية بالمطبعة الأميرية ببولاق ـ مصر.
- **شرح سنن أبي داود**: للحافظ الفقيه ابن قيم الجوزية، المطبوع مع عون المعبود، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ١٣٨٨ هـ.
- **شرح صحيح مسلم**: للإمام الحافظ الفقيه محيي الدين ابن شرف النووي، ت ٦٧٦، ط. المطبعة المصرية ـ القاهرة.
- **الشروط الصغير مذيلاً بما عثر عليه من الشروط الكبير**: تأليف الإمام أبي جعفر

أحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق روحي أوزجان، ط. مطبعة العاني ببغداد.
- **شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين**: ط. عيسى البابي الحلبي، بالقاهرة.
- **شرح العناية على الهداية**: للإمام محمد بن محمود البابرتي، ت ٧٨٦ هـ، المطبوع بهامش فتح القدير، ط. دار صادر.
- **الشرح الكبير**: لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ط. عيسى البابي الحلبي - القاهرة.
- **شرح الكوكب المنير**: لابن نجار الحنبلي، ط. جامعة الملك عبد العزيز - السعودية.
- **شرح المحلي على جمع الجوامع**: ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.
- **شرح المفصل**: لموفق الدين يعيش بن علي بن يعيش النحوي، ت ٦٤٣ هـ، ط. مكتبة المتنبي بالقاهرة.

ـ ص ـ

- **صحيح البخاري**: لأمير المؤمنين في الحديث الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، ت ٢٥٦ هـ، المطبوع مع فتح الباري، ط. المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٨٠ هـ.
- **صحيح مسلم**: للإمام الحجة مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، ت ٢٦١، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط. عيسى البابي الحلبي سنة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م.

ـ ط ـ

- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**: لابن قيم الجوزية، طبعة مطبعة المدني بالقاهرة.
- طوالع الأنوار: للقاضي ناصر الدين البيضاوي، ت ٦٨٥ هـ، ط. إستانبول سنة ١٣٠٥ هـ، المطبوع مع شرحه للأصفهاني.

ـ ع ـ

- **العدة شرح العمدة**: لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، ت ٦٢٤ هـ، ط. المطبعة السلفية بالقاهرة.
- **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**: لابن عابدين، ط. المكتبة الإسلامية بديار بكر.

- **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**: للإمام العلامة بدر الدين محمود بن أحمد العيني، ت ٨٥٥ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي ـ مصر سنة ١٣٩٢ هـ.
- **عون المعبود شرح سنن أبي داود**: للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة سنة ١٣٨٨ هـ.

ـ غ ـ

- **الغاية القصوى في دراية الفتوى**: للإمام عبدالله بن عمر البيضاوي، ت ٦٨٥ هـ، تحقيق ودراسة وتعليق علي محيي الدين علي القره‌داغي، ط. دار الإصلاح ١٩٨٢.

ـ ف ـ

- **فتاوى ابن صلاح الشهرزوري**: طبعة مطبعة الحضارة، بالقاهرة سنة ١٤٠٣ هـ. وطبعة مكتبة ابن تيمية، بالقاهرة.
- **الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز**: للشيخ الإمام محمد بن محمد بن شهاب الدين المعروف بابن البزاز الكردري الحنفي، ت ٨٢٧ هـ، المطبوع بهامش الفتاوى الهندية، ط. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ـ مصر سنة ١٣١٠ هـ.
- **فتاوى السيوطي**: ضمن مجموعة رسائله، مخطوطة بالأزهر رقم (١٣١) فقه شافعي.
- **فتاوى قاضيخان**: لفخر الملة محمود الأوزجندي، المطبوعة بهامش الفتاوى الهندية، ط. المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٠ هـ.
- **الفتاوى الهندية، المشهورة بالفتاوى العالمكَيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة**: تأليف السلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنك، ط. المطبعة الأميرية ببولاق ـ مصر سنة ١٣١٠ هـ، طبعة أوفست دار المعرفة، بيروت.
- **فتح الباري صحيح البخاري**: للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢ هـ، ط. المطبعة السلفية، بالقاهرة سنة ١٣٨٠.
- **فتح العزيز شرح الوجيز**: للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، ت ٦٢٣ هـ، المطبوع بهامش المجموع، ط. شركة العلماء، بالقاهرة.
- **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**: لأبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش، ت ١٢٩٩ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٨ م.

- **فتح الغفار**: للعلامة ابن نجيم الحنفي، ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٣٥.
- **فتح القدير**: للعلامة كمال بن الهمام الحنفي، ت ٨٦١ هـ، ط. المطبعة الأميرية سنة ١٣١٦، بالقاهرة.
- **الفروق**: للإمام شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، ط. دار المعرفة - بيروت.
- **الفصول**: للعلامة الأستروشني، مخطوطة مكتبة السليمانية، بإستامبول رقم (٥٢٨/٢٩٧).
- **فواتح الرحموت**: للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المطبوع بهامش المستصفى للغزالي، ط. الأميرية ببولاق - مصر سنة ١٣٢٢ هـ.
- **الفواكه الدواني**: للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النقراوي المالكي، ت ١١٢٠ هـ، على رسالة أبي زيد القيرواني ت ٣٨٦ هـ ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٥٥ م.

- ق -

- **قاعدة العقود**: لشيخ الإسلام ابن تيمية، التي نشرتها دار المعرفة ببيروت باسم نظرية العقد خطأ.
- **القاموس المحيط**: للفيروزآبادي، ط. مصطفى الحلبي سنة ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م.
- **القصد والرجوع إلى الله**: للمحاسبي، ط. دار التراث العربي.
- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**: لسلطان العلماء عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، ت ٦٦٠هـ، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- **قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام**: للعلامة الحلي، المطبوع مع كتاب مفتاح الكرامة للعاملي، ط. المطبعة المرتضوية، بالقاهرة ١٣٢٣ هـ.
- **القواعد في الفقه الإسلامي**: للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ت ٧٩٥ هـ، ط. مؤسسة نبع، نشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- **القواعد النورانية الفقهية**: تأليف شيخ الإسلام ابن تيمية، ت ٧٢٨ هـ، بتحقيق محمد حامد الفقي، ط. مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧٠ هـ.
- **القوانين الفقهية**: لابن جزي، طبعة جديدة منقحة. (دون ذكر المطبعة والسنة والمكان).

- ك -

- **الكافية**: لابن حاجب، طبعة إستانبول ١٣٠٣ هـ.

- **الكافي**: للإمام ابن عبد البر، تحقيق محمد ولد مالك، ط. مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.
- **الكتاب**: لسيبويه، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٧.
- **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**: للإمام محمود بن عمر الزمخشري، ت ٥٢٨ هـ، ط. الاستقامة بالقاهرة سنة ١٣٧٣ هـ - ١٩٥٣ م.
- **كشاف القناع شرح متن الإقناع**: ط. ونشر مكتبة نصر الحديثة بالرياض.
- **كشاف مصطلحات الفنون**: للتهانوي، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٢.
- **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**: لعبد العزيز البخاري، طبعة سنة ١٣٠٧ هـ.

- ل -

- **لسان الحكام**: لابن شحنة، ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣.
- **لسان العرب**: لابن منظور، ط. دار المعارف بالقاهرة.
- **اللمعة الدمشقية**: لمحمد بن جمال الدين المعروف بالشهيد الأول، ت ٧٨٦ هـ، مطبوع مع شرحها الروضة البهية بمطبعة الآداب بالنجف.

- م -

- **المبسوط**: للإمام محمد بن أحمد بن سهل أبي بكر شمس الأئمة السرخسي، طبعة أوفست لدار المعرفة، بيروت، عن طبعة مطبعة السعادة، بالقاهرة ١٣٣١ هـ.
- **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**: ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- **مجموعة القواعد**: للإمام النووي، مخطوطة الأزهر رقم (٢١٧٠ فقه شافعي).
- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد** بن تيمية: جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، تصوير الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ، على نفقة الحكومة السعودية.
- **المجموع**: للإمام محيي الدين بن شرف النووي، ت ٦٧٦ هـ، ط. شركة العلماء.
- **المحصول في علم أصول الفقه**: للإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي، ت ٦٠٦ هـ، دراسة وتحقيق د. طه جابر فياض العلواني، ط. مطابع فرزدق بالرياض سنة ١٣٩٩ هـ.

- **المحلى**: للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ط. دار الاتحاد العربي للطباعة بالقاهرة سنة ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م.
- **مختصر الأم**: للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، ت ٢٦٤ هـ، المطبوع بهامش الأم، طبعة دار الشعب سنة ١٣٨٨ هـ.
- **مختصر البويطي**: مخطوطة دار الكتب رقم (٢١٨ فقه شافعي طلعت).
- **مختصر الطحاوي**: ط. دار الكتاب العربي سنة ١٣٧٠ هـ.
- **مختصر قواعد العلائي**: لأبي الثناء محمود بن أحمد الحموي القيومي المعروف بابن خطيب الدهشة، تحقيق ودراسة مصطفى محمود مصطفى، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر.
- **مختصر الكرخي مع شرحه للقدوري**: مخطوطة مكتبة السليمانية، بإستامبول، مكتبة داماد أفندي رقم (٥٦٣).
- **مختصر المنتهى**: لابن حاجب عثمان بن عمر، ت ٦٤٢ هـ، المطبوع مع شرحه للقاضي عضد، طبعة إستانبول.
- **المختصر النافع**: للحلي، ط. وزارة الأوقاف المصرية سنة ١٩٥٨ م.
- **مختصر الوقاية**: للعلامة محمود تاج الشريعة المحبوبي، ت ٦٧٣ هـ، مخطوطة طوب قاب - إستامبول برقم (٣٧٣٣).
- **المدونة الكبرى**: للإمام مالك، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ت ٢٤٠ هـ، عن عبد الرحمن بن قاسم العتقي، ت ١٩١ هـ، ط. مطبعة السعادة، بمصر سنة ١٣٢٣ هـ.
- **المسائل الحلبية**: لابن السبكي، مخطوطة مكتبة البلدية بالإسكندرية رقم (٢١٤٩ ج).
- **مسالك الإفهام شرح شرائع الأحكام**: لزين الدين علي بن أحمد العاملي المعروف بالشهيد الثاني، طبعة حجرية - إيران.
- **المستدرك**: للحافظ محمد بن عبدالله النيسابوري المشهور بالحاكم، ت ٤٠٥ هـ، ط. الحيدر آباد سنة ١٣٤٠ هـ.
- **المستصفى**: للإمام الغزالي، ط. الأميرية ببولاق - مصر سنة ١٣٢٢ هـ.
- **مسند الإمام أحمد**: ط. المكتب الإسلامي - بيروت سنة ١٣٩١ هـ.
- **المسند**: للحميدي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- **المصباح المنير**: للعلامة أحمد بن محمد الفيومي، ت ٧٧١ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر.

- **معين الحكام**: للطرابلسي، ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣.
- **المغني في أبواب العدل والتوحيد**: للقاضي عبد الجبار المعتزلي، ط. المطبعة السلفية، بالقاهرة.
- **المغني**: لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت ٦٢٠ هـ، ط. مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.
- **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**: تأليف محمد الشربيني الخطيب، ت ٩٩٧ هـ، ط. مصطفى البابي سنة ١٣٧٧ هـ.
- **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة**: لمحمد بن جواد بن محمد الحسيني العاملي، ت ١٢٢٦ هـ، ط. المطبعة المرتضوية بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ.
- **المفردات في غريب القرآن**: للراغب الأصفهاني، ط. دار المعرفة - بيروت.
- **المكاسب**: لمرتضى بن محمد أمين الأنصاري، ت ١٢٨١ هـ، ط. مطبعة إطلاعات - تبريز، إيران سنة ١٣٧٥ هـ.
- **المنثور في القواعد**: للإمام بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي، ت ٧٩٤ هـ، تحقيق د. تيسير فائق أحمد، ط. مؤسسة الخليج، نشر وزارة الأوقاف الكويتية سنة ١٤٠٢ هـ.
- **منحة الخالق على البحر الرائق**: لابن عابدين، المطبوع بهامش البحر الرائق، ط. دار المعرفة - بيروت.
- **المنخول**: لحجة الإسلام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، ت ٥٠٥، تحقيق محمد حسن هيتو، ط. دار الفكر للطباعة والنشر دمشق.
- **منهاج الوصول إلى علم الأصول**: للقاضي ناصر الدين البيضاوي، ط. محمد علي صبيح بالقاهرة، المطبوع مع شرحيه للأسنوي والبدخشي.
- **منهج السالكين إلى شرح ملا مسكين**: مخطوطة في مكتبة نجم الدين الخاصة بالقاهرة.
- **المهذب**: للفقيه أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، ت ٤٧٦ هـ، ط. عيسى البابي الحلبي.
- **الموافقات في أصول الشريعة**: لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المشهور بالشاطبي، ت ٧٩٠ هـ، ط. دار المعرفة - بيروت.
- **مواهب الجليل**: تأليف أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، ت ٩٥٤ هـ، ط. مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ.

- **الموطأ**: للإمام مالك، ت ١٧٩هـ، ط. الشعب، تخريج وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.

ـ ن ـ

- **نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير)**: للعلامة شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، المتوفى ٩٨٨ هـ، ط. دار صادر ـ بيروت. عن المطبعة الأميرية المصرية سنة ١٣١٥ هـ.
- **نصب الراية لأحاديث الهداية**: للإمام الحافظ عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي، ت ٧٦٢ هـ، ط. المكتبة الإسلامية ١٣٩٣ هـ.
- **نهاية المحتاج**: لشمس الدين محمد بن أحمد شهاب الدين الرملي، ت ١٠٠٤ هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي ـ مصر سنة ١٣٨٦ هـ.
- **نيل الأوطار**: للعلامة محمد بن علي الشوكاني، ت ١٢٥٠هـ ، ط. الكليات الأزهرية ـ القاهرة سنة ١٣٩٨هـ.

ـ هـ ـ

- **الهداية**: للعلامة برهان الدين علي بن أبي بكر المرغنياني، ت ٥٩٣، المطبوع مع فتح القدير.

ـ و ـ

- **وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس مستخرجة من الأحكام الكبرى**: للقاضي أبي الأصبغ عيسى بن سهل الأندلسي، تحقيق دكتور محمد عبد الوهاب خلاف، ط. المطبعة العربية الحديثة سنة ١٩٨٠ ـ مصر.
- **الوجيز**: للإمام حجة الإسلام الغزالي، ط. دار المعرفة ـ بيروت سنة ١٣٩٩ هـ. وطبعة مع فتح العزيز.
- **الوسيط في المذهب**: للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، ت ٥٠٥ هـ، ط. دار الاعتصام، بتحقيق ودراسة علي محيي الدين القره‌داغي، ومخطوطة دار الكتب برقم (٢١٢ فقه شافعي) و (٢٠٦ طلعت).

ثانياً: المصادر والمراجع الحديثة الفقهية والقانونية والتاريخية[1]

ـ أ ـ

ـ د. **إبراهيم أحمد العدوي**: الدولة الإسلامية وإمبراطورية الروم، ط. مكتبة الأنجلو المصرية بالقاهرة سنة ١٩٥٨.

ـ **إبراهيم نصحي**: تاريخ مصر في عهد البطالمة، ط. القاهرة سنة ١٩٤٦.

وبالاشتراك مع زكي علي، النظم الدستورية الإفريقية والرومانية، ط. المطبعة الأميرية سنة ١٩٤١.

ـ **الشيخ أحمد إبراهيم بك**: المعاملات الشرعية المالية، طبع ونشر دار الأنصار بالقاهرة.

والالتزامات، طبع ونشر دار الأنصار. وعلم أصول الفقه، طبع ونشر دار الأنصار.

ـ د. **أحمد حشمت أبو ستيت**: نظرية الالتزام، طبعة ١٩٤٥.

ـ **أحمد فخري**: مصر الفرعونية، ط. القاهرة سنة ١٩٥٧.

ـ **أحمد فراج حسين**: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط. شركة الطباعة الفنية المتحدة بالقاهرة.

ـ **أحمد مدحت علي**: نظرية الظروف الاستثنائية، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٨.

ـ **أحمد نشأت بك**: رسالة الإثبات، ط. مطبعة الاعتماد، بمصر سنة ١٩٥٠.

ـ د. **إسماعيل غانم**: النظريات العامة للالتزامات، طبعة ١٩٦٧.

ـ د. **أنور سلطان**: النظرية العامة للالتزامات (طبعة غير مؤرخة).

ـ **المستشار أنور العمروسي**: التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، طبعة سنة ١٩٧٨.

ـ ب ـ

ـ د. **بشرى جندي**: مصير نظرية عيوب الرضا في القانون المدني الاشتراكي، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني السنة ١٢ ـ إبريل يونيه ١٩٦٨.

ـ **بيل**: مصر من الإسكندر إلى الفتح العربي، ترجمة الأستاذين عبد اللطيف أحمد ومحمد عواد حسين، طبعة ١٩٥٤ بالقاهرة.

---

(١) نسير في هذا القسم على ترتيب الحروف الهجائية حسب أسماء المؤلفين.

ـ ت ـ

ـ د. **توفيق حسن فرج**: الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، ط. مطبعة جامعة الإسكندرية سنة ١٩٥٧.
ـ د. **ثروت علي عبد الرحيم**: الوجيز في القانون التجاري، طبع ونشر دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ م.
ومحاضرات في الشركات، لدبلوم الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر للعام ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧.

ـ ج ـ

ـ د. **جلال علي العدوي**: الإجبار القانوني على المعاوضة، ط. جامعة الإسكندرية سنة ١٩٦٥.
ـ د. **جمال الدين محمد محمود**: سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، رسالة الدكتوراه في كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٦٨ م.
ـ د. **جميل الشرقاوي**: النظرية العامة للالتزام، نشر دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٥.
ونظرية البطلان، رسالته الدكتوراه بحقوق القاهرة.

ـ ح ـ

ـ د. **حسن الذنون**: محاضرات في القانون المدني العراقي، ط. نهضة مصر، بإشراف معهد الدراسات العربية.
ـ د. **حسن علي الشاذلي**: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ط. دار الاتحاد العربي للطباعة بالقاهرة.
ـ د. **حسين عامر**: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء القيود، ط. مطبعة مصر سنة ١٩٦٠.
ـ د. **حسين عامر القاضي**: القوة الملزمة للعقد، طبعة أولى ـ القاهرة سنة ١٩٤٩.
ـ د. **حسين النوري**: مصادر الالتزام وأحكامه، ط. مكتبة عين شمس بالقاهرة.

ـ ر ـ

ـ د. **رأفت عثمان**: التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية، بحث منشور

في مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد الأول سنة ١٤٠٣ هـ.
- د. **رفعت المحجوب**: الاشتراكية، طبعة سنة ١٩٥٦ - القاهرة.

- س -

- **سعدون العامري**: مذكرات في النظرية العامة للالتزام، ط. بغداد سنة ١٩٦٦.
وأوروبا: العصور الوسطى، الجزء الثاني النظم والحضارة، ط. القاهرة سنة ١٩٦٣.
- **سلمان بيات**: القضاء المدني العراقي، ط. شركة الطبع والنشر الأهلية ١٩٦٢ - بغداد.
- د. **سليمان مرقص**: المدخل للعلوم القانونية، ط. القاهرة.
وعقد البيع، ط. عالم الكتب ١٩٨٠.
وقوة المحررات العرفية في الإثبات، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد لسنة ١٤.
- **السيد نشأت إبراهيم محمد الدريني**: التراضي وقوته في عقود المبادلات المالية، رسالة دكتوراه بكلية دار العلوم بالقاهرة عام ١٩٧٧ م.

- ش -

- د. **شفيق شحاته**: نظرية الالتزامات في القانون الروماني، طبع ونشر مكتبة عبدالله وهبه سنة ١٩٦٣.
والنظرية العامة في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، طرفا الالتزام في الفقه الحنفي، ط. مطبعة الاعتماد بالقاهرة.
والأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط. جامعة الدول العربية بالقاهرة سنة ١٩٥٩.
- **شمس الدين الوكيل**: نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية ١٩٥٩.

- ص -

- د. **صبحي المحمصاني**: النظرية العامة للموجبات والعقود، ط. مكتبة الكشاف - بيروت ١٩٤٨.
- **صلاح الدين عبد الوهاب**: عدم بلوغ السن كسبب لبطلان الزواج في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة المحاماة العدد العاشر السنة ٤٨ في ١٩٥٧.

- د. **صلاح الدين الناهي**: الامتناع المشروع عن الوفاء، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة سنة ١٩٤٥.
- د. **صوفي أبو طالب**: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ط. دار النهضة العربية.
الوجيز في القانون الروماني، ط. دار النهضة العربية ١٣٨٥ هـ.
مبادىء تاريخ القانون، ط. دار النهضة العربية ١٩٧٨ م.
أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، ط. دار النهضة العربية ١٩٦٤.
تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نشر دار االنهضة العربية ١٩٧٧.

ـ ط ـ

- د. **طعيمة الجرف**: الحريات العامة بين المذهبين الفردي والاشتراكي، ط. القاهرة.

ـ ع ـ

- د. **عادل بسيوني**: العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، ط. الهيئة المصرية سنة ١٩٧٨ م.
- **عبد الحفيظ رواس قلعه جي**: سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر سنة ١٣٩٠ هـ.
- د. **عبد الحي حجازي**: موجز النظرية العامة للالتزام، ط. المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٥٥.
- د. **عبد الرازق حسن فرج**: دور السكوت في التصرفات القانونية دراسة مقارنة، ط. مطبعة المدني، بالقاهرة سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
والنظرية والعامة للالتزام، ط. مطبعة الفجر الجديد ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
ونظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٦٨ م.
- د. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، طبعة دار إحياء التراث العربي، ودار النشر للجامعات المصرية، والجزء الأول طبعة ثالثة في ١٩٨١ طبعة دار النهضة العربية بمصر.
ونظرية العقد، ط. دار الكتب المصرية بالقاهرة.
والموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط. مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.

- د. **عبد الستار الكبيسي**: ضمانات المتهم، رسالة الدكتوراه بحقوق القاهرة سنة ١٩٨١ م.
- **عبد السلام ذهني بك**: النظرية العامة للالتزامات، ط. مطبعة مصر.
- **عبد العزيز فهمي باشا**: قواعد وآثار فقهية رومانية، ط. القاهرة ١٩٤٧.
- د. **عبد العظيم شرف الدين**: نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث والقانون بالسودان مارس ١٩٧٢، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- د. **عبد الفتاح الشيخ**: الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية، ط. دار الاتحاد للطباعة سنة ١٩٧٩.
- د. **عبد الكريم زيدان**: مجموعة بحوث فقهية، ط. مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م.

والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط. مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م.

والوجيز في أصول الفقه، ط. بيروت ١٩٧٦.
- د. **عبد المجيد الحفناوي**: نظرية الغلط في القانون الروماني، ط. دار المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٤.
- **عبد المجيد الحكيم**: مصادر الالتزام، ط. شركة الطبع والنشر الأهلية، ببغداد سنة ١٩٦٣ م.

وبالاشتراك مع عبد القادر البكر ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، طبعة وزارة التعليم العالي ببغداد.
- د. **عبد المجيد محمود مطلوب**: أصول الفقه، ط. النهضة العربية ١٩٨٤.
- د. **عبد المحسن سعد رويشد**: الشرط الجزائي في العقود بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
- د. **عبد المنعم البدراوي**: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول.

ومصادر الالتزام، طبعة سنة ١٩٧١.

وأصول القانون المدني المقارن، ط. مكتبة سيد عبد الله وهبة (بدون تاريخ).

وعقد البيع في القانون المدني، ط. مطابع دار الكتاب العربي سنة ١٩٦٠.

وتاريخ القانون الروماني، ط. الإسكندرية ١٩٤٩.
- د. **عبد المنعم فرج الصدة**: مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، ط. دار النهضة سنة ١٩٧٤.

ومحاضرات في القانون المدني المصري، ط. جامعة الدول العربية ١٩٥٨.
- د. **عبد الودود يحيى**: الغلط في القانونين الألماني والمصري، مذكرات لدبلوم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٧٩.
- **عز العرب**: الربا بين الاقتصاد والدين، ط. القاهرة ١٩٦٢.
- د. **علي أحمد مرعي**: فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، رسالة الدكتوراه بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر سنة ١٩٧٢.
- **علي حافظ**: أساس العدالة في القانون الروماني، ط. القاهرة سنة ١٩٥١.
- **الشيخ علي حسب الله**: أصول التشريع الإسلامي، طبعة سادسة ١٤٠٢ هـ، ط. مطابع المكتب المصري.

والولاية على المال والتعامل بالدين، ط. مطبعة الجبلاوي سنة ١٩٦٧.
- **علي بن علي أكبار الشاهرودي**: محاضرات في الفقه الجعفري، ط. مطبعة الآداب بالنجف سنة ١٣٨٤ هـ.
- د. **عمر ممدوح**: الفقه عند الرومان، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة الثالثة العدد الرابع لعام ١٩٤٨.
- **عيسوي أحمد**: المدخل للفقه الإسلامي، ط. دار التأليف بالقاهرة.

ـ غ ـ

- د. **غني حسون طه**: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط. مطبعة المعارف ببغداد سنة ١٩٧١.

وعقد البيع، ط. مطبعة المعارف ببغداد سنة ١٩٧٠.

ـ ف ـ

- د. **فتحي عبد الرحيم**: العناصر المكونة للعقد، طبعة كرموز بالإسكندرية سنة ١٩٧٩.
- **فخري خليل أبو صفية**: الإكراه وأثره في الرضا، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٧٩.
- **فخري أبو سيف**: تاريخ القانون ـ طبعة سنة ١٩٨٠.

ـ م ـ

- د. **مالك دوهان الحسن**: شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول مصادر

الالتزام، طبعة جامعة بغداد سنة ١٩٧٢.
- **محسن الحكيم**: نهج النقاهة، ط. المطبعة العلمية بالنجف ١٣٧١ هـ.
ومنهاج الصالحين، ط. مطبعة النجف ١٣٨٧ هـ.
- **محسن شفيق**: الموجز في القانون التجاري، ط. دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧.
- **الشيخ محمد أبو زهرة**: الملكية ونظرية العقد، ط. دار الاتحاد العربي للطباعة، نشر دار الفكر العربي.
وأصول الفقه، ط. مطبعة مخيمر - القاهرة.
والولاية على النفس، ط. مطبعة مخيمر، نشر جامعة الدول العربية سنة ١٩٦٦.
- **الشيخ محمد بخيت المطيعي الحنفي**: البدر الساطع، ط. مطبعة التمدن سنة ١٣٣٢ هـ.
- **د. محمد بلتاجي**: في أحكام الأصرة، دراسة مقارنة، نشر مكتبة دار العربية بالكويت سنة ١٤٠٣ هـ.
- **محمد الحسين بن علي آل كاشف الغطاء**: تحرير المجلة، ط. المطبعة الحيدرية بالنجف العراق ١٣٥٩ هـ.
- **الشيخ محمد خضري بك**: أصول الفقه، ط. المكتبة الكبرى بمصر سنة ١٩٦٥.
- **محمد رضا عبدالجبار العاني**: الوكالة في الشريعة والقانون، ط. مطبعة العاني - بغداد سنة ١٩٧٥ م.
- **د. محمد زكريا البرديسي**: الإكراه بين الشريعة والقانون، بحث نشر في مجلة القانون والاقتصاد في ديسمبر سنة ١٩٦٠.
- **الأستاذ محمد سلام مدكور**: المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط. دار النهضة العربية ١٣٨٣ هـ.
والوجيز للمدخل للفقه الإسلامي، نشر دار النهضة العربية سنة ١٩٧٥.
- **محمد شوقي السيد**: التعسف في استعمال الحق، ط. الهيئة العامة للكتاب سنة ١٩٧٩ م.
- **د. محمد صادق المهدي**: الملكية في النظام الاشتراكي، رسالة الدكتوراه بحقوق القاهرة سنة ١٩٧١.
- **محمد علي بحر العلوم**: عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة عامة، رسالة دكتوراه بدار العلوم بالقاهرة سنة ١٩٨٠.
- **د. محمد علي عمران**: الوجيز في آثار الالتزام، ط. شركة سعيد رأفت سنة ١٩٨٤.
ومصادر الالتزام، طبعة سنة ١٩٨١ - ١٩٨٢، نشر دار النهضة العربية.

والوجيز في شرح أحكام عقد البيع، ط. دار النهضة العربية.
ومبادىء العلوم القانونية، بالاشتراك مع د. حسين النووي، نشر مكتبة عين شمس.
- **محمد قدري باشا**: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣٠٨ هـ.
- د. **محمد مصطفى شحاته الحسيني**: الفقه الإسلامي في أحكام العقود، طبعة مطبعة دار التأليف سنة ١٣٩٦ - ١٩٧٦.
- **محمد نصر الدين زغلول**: الإرادة في العمل القانوني وعيوبها طبعة - مصر.
- د. **محمد يوسف موسى**: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط. دار الفكر العربي.
- د. **محمود جمال الدين زكي**: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٨.
وعقد العمل في القانون المصري، ط. مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٥٦.
- د. **محمود سقا**: دور القاضي في روما خلال العصر العلمي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٤٥ سبتمبر وديسمبر ١٩٧٥ م.
أثر الفلسفة اليونانية على الفقه والقانون الروماني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بمصر سنة ٤١.
- د. **محمود سلام زناتي**: قانون حمورابي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول سنة ١٣ يناير ١٩٧١م.
والقانون الآشوري، بحث منشور في المجلة السابقة العدد الثاني ١٤ يوليو سنة ١٩٧٢م.
- د. **محمود شوكت العدوي**: نظرية العقد، طبعة على استنسل، لدبلوم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون عام ١٩٧٦ - ١٩٧٧.
- **الشيخ مصطفى أحمد الزرقا**: المدخل الفقهي العام، طبعة عاشرة سنة ١٩٦٧ دمشق، بمطبعة ألف باء.
- د. **معروف الدواليبي**: الوجيز في الحقوق الرومانية، ط. جامعة دمشق، طبعة رابعة ١٩٦١ م.
- د. **منصور محمود وجيه**: نظام السجل العيني، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة سنة ١٩٦١.
- د. **موريس بوكاي**: التوراة والإنجيل والعلم، دراسة للكتب المقدسة في ضوء المعارف الحديثة، طبعة دار المعارف بمصر ١٩٧٩.
- **مونتجمري وات**: فضل الإسلام على الحضارة، ترجمة حسين أحمد أمين، ط. دار الشروق.

ـ و ـ

ـ د. **وليم سليمان قلادة**: التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط. المطبعة التجارية بالقاهرة سنة ١٩٥٥ م.

ـ د. **وهبة الزحيلي**: نظرية الضرورة الشرعية، ط. مؤسسة الرسالة سنة ١٤٠٢ هـ.

ـ ي ـ

ـ د. **يوسف قاسم**: مبادىء الفقه الإسلامي، ط. دار الاتحاد العربي سنة ١٣٩٩ هـ. وحقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، طبع ونشر دار النهضة العربية سنة ١٤٠٣ هـ.

المصادر الأجنبية
الفرنسية والإنجليزية

- **Aubry et Rau:** Traite de droit civil Francais, T. 1, Paris, 1951.
- **Blakevery:** Every man's smaller classical dict.
- **Bonfante:** Histoire du droit Romain, trad. Franç; T. 111, Paris, 1928.
- **Calamari,** John D. and Perillo, Joseph M.: American Case book series, 1978.
- **Capitant:** De la cause d'obligation, Paris, 1928.
- **Chitty:** On contract, 22nd. ed., London, 1961.
- **Chkhikvadse, V.M. and others:** The Soviet state and the Law, 1969.
- **David et autres:** Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre, Paris, 1948.
- **Dementes: Du fondement juridique de la Lesion dans Les contrats, 1924.**
- **Diamond:** L'évolution de La Loi et de l'ordre, trad Franç, Paris, 1954.
- **De Ubalebis, Bulbus:** Lectura super Los primos Libros decretzlium, Lyon, 1554 ad, c. 164 - 10.
- **Domart:** Les Lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1756.
- **Drapor: History of the Intellectual development of England, 1914.**
- **Drive, G.R. and Mils, J.:** The Babylonians Laws, Vol. 11, Oxford, t. 1, 1960.
- **Durma, Mircea:** Notification de la volonté role de la noticipation dans la formation des actes juridiques preace de M. Rene Demogue, Paris, 1930.
- **Durmand:** Histoire du Droit canonique, Dijon, 1770.
- **Edward Grayson:** Law of contract, Breach of contract and conspiracy, the new law journal, July 2, 1970.
- **Engel, P:** Traité des obligations en Droit suisse, 1973.
- **Esmein:** Le Serment Promissoir dans le droit canonique N.R.H. du droit Français et étranger, 1880.
- **Fahmy, Antoun:** Le consentement de La victime, Paris, 1971.
- **Fathi:** Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civiles, Le Caire, 1974.
- **Gaudement:** La Formation du droit séculier et du droit de Paris, 1957.

Cours de droit romain approfondi, Paris, 1949 - 1950.
- **George K. Gardner:** Principles of the law contract, Harvard law Rev. Nov, 1932.
- **Giffard:** Precis de droit Romain, Paris, 1938. Les Obligatin.
- **Gino Gorlo:** Le Role de Volonte dans le promesse Comeacte juridique.
- **Gounet:** Le principe de L'autonomie de la volonté en droit privé , Paris, 1912.
- **Huvelin:** Cours élémentaire de droit romain, Paris, 1927.
- **Ihering:** Esprit du droit Romain, trad. Franc, Paris, t. 111.
- **Jean - Pierre Pizzio:** un apport légilatif en matière de protection du consenterment la loi du 22 decembre, Revue trimestrelle de Droit civil 75e. Année Janvier Mars 1976.
- **Josserand, Louis:** Cours de Droit civil positif Français, SIREY, Paris, 1933.
- **Kessler:** Die Elnuilligung des verletzten in inrer, stratre chtlichen, Berlin, Guttentag ed., 1884.
- **Lambert:** Fonction du droit civil comparé, Paris, 1903.
- **Leby, Ernest:** Elements de droit Civil Espagnol, Paris, 1880 - 1890.
- **Le Clare:** Le Moyen - Age Espagnol, Paris, 1972.
- **Leclerq:** Histoire des Paris, t, 4, 1907.
- **Lescot:** Evolution des formes de la Stipulation, Paris, 1922.
- **Lorrters:** Le role de la volonté dans les contrats, thèse, Paris, 1944.
- **Major, W.T.:** Cases in contract law, London, 1972.
- **Momsen:** Le droit pénal Romain, trad. Franc. Paris, 1907, t. 11.
- **Monier:** Etudes de droit Byzantin dans la N.R.H. du droit Francais et étranger, 1900.
Manuel de droit Romain, Paris, 1947.
- **Morandiere, Leon:** droit civil, Dalloz, t. 11, 1966.
- **Palmer:** Guide to law of Spain, Washington, 1915.
- **Parry, Hughes:** The skanctity of contracts in English law, 1959.
- **Piedelivre:** Les transformations de formalisme dans les obligations civiles, Paris, 1959.
- **Planiol, Marcel:** Traité élémentaire de droit civil, Paris, 1949.
- **Pollok:** Principles of contracts, 13th ed. London.
- **Pothier:** Traité des obligations, Paris, 1821.
- **Rancourt, Guit:** Introduction à pétude du droit canonique, Paris, 1963.
- **Ripert:** La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1935.
- **Spies:** Observation des simples conventions en droit canonique, thèse, Nan-, cy, 1928.
- **Treitel, C.H.:** The law of contract 5ed. London, 1979.
- **Urena:** La influencia semita en el derecha mediaeval de Espana, Madrid 1898.
- **Vacant:** Dictionnaire de théologie, Paris, 1899.
- **Wilson, J.F.:** Principles of the law of contracts, London, 1957.
- **Williston:** The law of contract, New York, Baker, Voorhis and Co. 1920.

فهرس الموضوعات بالتفصيل

تم الكتاب والحمد لله أولاً وآخراً وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.